PE' SIGNORI

D. Ferdinando e D. Emmanuele Spagnoletti

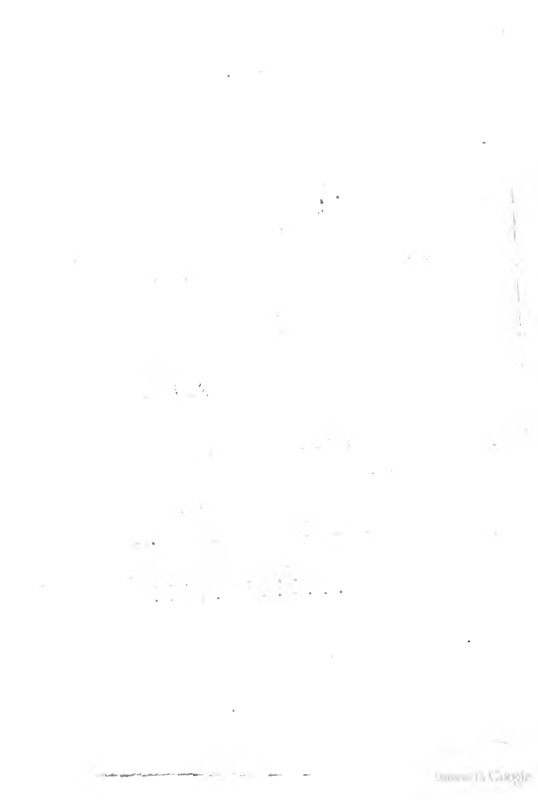
CONTRA

D. Vito Niccola Porro di Andria.

Nella Suprema Corte di Giustizia.

NAPOLI, 1822.
PRESSO ANGELO TRANI.

INDICE.



Argomento.

Suggetto del ricorso de' fratelli Spagnoletti, è la sentenza del Tribunal Civile di Trani de' 2 di ottobre del 1821 del tenor seguente:

» Fatto -- Con atto de' 27 luglio corrente anno 1821 » D. Vito Nicola Porro fu chiamato a comparire » innanzi al regio giudice di Andria, ad istanza » del Sig. D. Ferdinando Spagnoletti, che esponen» do querela di turbativa arrecatasegli fin da feb» brajo detto anno dal possesso in cui disse tro» varsi, di transitare per due strade rotabili sul fon» do detto Petrone di proprietà del Porro, enunciò » sentenza, pronunciata dal già giudice del circon» dario di Andria a' 16 ottobre 1816 sopra doman» da dell' istesso Spagnoletti, per consimili turbative » ricevute dal canonico Pastina in qualità di proc» curatore del Sig. Rougon fin allora proprietario » del fondo medesimo Petrone; conchiuse la do» manda colle seguenti parole:

» Or, mentre in forza di tale titolo l' istante tro» vavasi nel libero esercizio de' suoi dritti possesso-

» riali, è caduto in mente ad esso Sig. Porro, che » ha causa del sudetto Sig. Rougon, turbarlo dal possesso di una delle divisate strade, sin dal febbraio corrente anno, e propriamente quella, che » esce dal vado sito a ponente, facendo su quella » sudetta strada innovazioni tali da impedire il transito delle sue vetture dal fondo di Trojanello, » avendo dissodato un tratto del terreno su detta » strada; e siccome si è violata la esecuzione della » sudetta sentenza a danno dall'istante, così domanda, che l'innovato si riduca *ad pristinum*, riducendosi in intero le cose, affinchè non si alteri il possesso surriferito, nè s'impedisca di fatto » l'esercizio de' proprj diritti; sarebbe infatti un assurdo, che mentre una sentenza passata in cosa » giudicata assoda un diritto di possesso all'istante; » possa tollerarsi una turbativa per via di fatto.

» Innanzi al regio giudice di Andria fu esibita » l'enunciata sentenza de' 31 ottobre 1816, dalla » quale rilevasi che chiamato in quell'epoca in giudizio il canonico D. Riccardo Pastina nella qualità » di proccuratore de' Sig. Rougon, e Guissen domiciliati in Napoli, da' Signori D. Ferdinando, e » D. Emmanuele Spagnoletti furono fatte querele di » turbative per avere impedito il passaggio sul fon-

» do

» do detto Petrone, turbando i Signori Spagnoletti » dal pacifico possesso in cui disse trovarsi del dritto di passaggio, tanto con animali da soma, che » con traini sopra vàrj fondi tra' quali quello detto » Petrone, di pertinenza de' nominati Rougon, e Guissen, come possessori essi Signori Spagnoletti del » territorio di Trojanello, ove dissero che tra le altre industrie si trovava ancora un publico stabilimento di una panetteria; e che eseguita colla presenza del giudice sovra luogo la verifica con interlocutoria ordinata, restò provato il turbato possesso delle due strade rotabili, le quali dal bosco di » Trojanello di loro proprietà intersecano il limitrofo fondo detto Petrone del Signor Rougon, per » cui chiesero di essere reintegrati nel detto possesso » delle anzidette due strade. Con altra sentenza in » merito, (attesocchè il Sig. Pastina rispose, che egli » non contrastava l' attuale possesso de' Signori Spagnoletti sulle due strade rotabili, e che avea dato » ordine da circa quaranta giorni al guardiano di non » far transitare vetture per far cosa grata al suo principale Rougon) quel regio giudice ordinò, che i » sig. fratelli Spagnoletti fossero reintegrati nel possesso » delle due strade in quistione sul fondo detto Petrone » di proprietà del sig. Rougon, di nazione francese;

 » e lo

» e lo condannò alle spese del giudizio. Siffatta sen-
» tenza oltre ad essere stata notificata in novembre
» 1816 al canonico Pastina, fu con atto del 9 feb-
» brajo corrente anno 1821 per l' usciere Borzella
» anche notificata al Sig. Porro, come possessore
» del bosco appellato Petrone, ed a Savino Trie cu-
» stode del bosco sudetto, al servizio del Porro. Il
» Porro in contradittorio innanzi al regio giudicato
» di Andria, principalmente oppose l' incompetenza
» del giudice a procedere sulla domanda, ed il
» giudice senza incaricarsi di pronunziare sull' op-
» posta incompetenza fece la seguente dispositiva.

» Noi Paolo Gallelli giudice del circondario di
» Andria, ordiniamo che la sentenza dell' abolita
» giustizia di pace di questo circondario pronun-
» ciata contro del Sig. Rougon, dal quale ha causa
» il Sig. Porro, sia da quest' ultimo esattamente
» eseguita, a quale effetto fino a che da giudici su-
» periori non sia altrimenti deciso, gl' ingiungiamo,
» che riducendo le cose innovate *ad pristinum*,
» non impedisca, o frastorni al Sig. Spagnoletti il
» passaggio per sopra alla divisata strada: condannia-
» mo inoltre esso Sig. Porro alle spese del presente
» giudizio.

» D. Vito Nicola Porro con atto de' 29 agosto cor-
» ren-

» rente anno istrumentato dall' usciere Giuseppe di
» Tullio fu sollecito a produrre appello avverso l'in-
» dicata sentenza, statagli notificata a' 20 detto agosto.

» Con atto poi di patrocinatore de' 15 settembre
» dell' anno istesso, notificato a' 17 detto, dopo es-
» sersi sviluppati i motivi di gravami, in sostegno
» del mentovato appello prodotto, si fece espressa
» domanda per la rifazione di tutti i danni ed inte-
» ressi, soggiungendo le seguenti parole.

» E sussidiariamente si domanda ancora che sia
» dichiarata inammissibile la domanda del Sig. Spa-
» gnoletti, contenuta nell' atto di citazione del gior-
» no 27 luglio corrente anno, e condannato esso
» Sig. Spagnoletti a rifare l' esponente di tutti i dan-
» ni, ed interessi, specialmente questi arrecati col-
» le arbitrarie, ed illegali procedure dell' usciere
» Giuseppe di Tullio, per le quali si vanno a de-
» durre azioni penali, tanto contro l' usciere, che
» contro i suoi complici.

» Nel giudizio in appello, dal patrocinatore del
» sig. Spagnoletti, si sono comunicati quattro docu-
» menti, uno de' quali contiene copia di esposto dai
» medesimi Spagnoletti fatto in settembre corrente
» anno 1821 sul proposito istesso del passaggio non
» solo per il fondo Petrone, ma di altri fondi, e

» per quello del reverendo Capitolo di Andria detto
» Papparicoticchio, innanzi la 2. camera del Con-
» siglio d'Intendenza di Capitanata, e dell'ordinanza,
» per intimarsi alle controparti, e la notifica di già
» seguita tanto al sig. Porro, che al Capitolo su-
» detto nella persona del sig. canonico Regano; l'al-
» tro contiene un esame di testimonj prodotti dal
» solo Spagnoletti, ed intesi dal regio giudice del
» Circondario di Andria nel prossimo scorso mese
» di settembre, senza alcuna intelligenza, o chia-
» mata del Porro, e 'l terzo, e 'l quarto sono di-
» retti a dimostrare, che Porro acquistò il fondo
» Petrone dal sig. Rougon, con tutte le servitù,
» forse esistenti, e che a Rongon egualmente il fon-
» do medesimo era stato dato col carico di soppor-
» tare le servitù passive, ed a proprie spese riven-
» dicare le attive.

» Per dritto è a vedersi principalmente, se il Re-
» gio giudice del circondario di Andria sia, o no
» competente a procedere sull'azione da Spagnoletti
» istituita -- Fatto a Trani li 5 Ottobre 1821. --
» Riccardo Calò patrocinatore -- Vito Trerotoli.
» Udite le parti, e 'l publico ministero -- Il Tri-
» bunale ha esaminato la seguente quistione.

» È fondato l'appello prodotto da D. Vito Nicola
» Por-

» Porro contro la sentenza del giudice del circon-
» dario di Andria del dì 31 luglio 1821? -- Lo
» scioglimento dipende dall' esame.

» Primo. Se giova al sig. Spagnoletti la sentenza
» riportata nel dì 30 ottobre 1816, contro il sig.
» Rougon, da farla valere in linea di giudicato an-
» che nella causa contro Porro.

» Secondo. Se nelle servitù di passaggio, le leggi
» in vigore riconoscono giudizio in linea di posses-
» so, ancorchè il possesso recente si riattacchi ad
» un possesso anteriore, che avrebbe avuto il suo
» effetto, secondo le leggi allora vigenti.

» Attesocchè nel fatto è costante, che D. Ferdi-
» nando Spagnoletti, anche a nome del di lui fra-
» tello D. Emmanuele, si dolse innanzi al giudice
» del circondario di Andria esser turbato dal pos-
» sesso delle due strade rotabili, che dal bosco di
» Trojanello di loro proprietà intersecano il fondo
» limitrofo detto Petrone, che ora appartiene a
» D. Vito Nicola Porro, che ebbe causa dal signor
» Rougon, in contraddizione del quale a' 30 otto-
» bre 1816 fu conservato nel possesso delle due
» strade.

» Il sig. Porro oppose che la sentenza sudetta fu
» renduta in contradizione del canonico D. Riccar-

» do Pastina, che si asserì procuratore del signor
» Rougon, e quindi se non può nuocere ad esso sig.
» Rougon, tanto meno può pregiudicare i suoi drit-
» ti di proprietà, che ha sul fondo: oppose ancora
» l' incompetenza del giudice del circondario.

» Il giudice colla sentenza de' 31 Luglio 1821,
» senza incaricarsi dell' opposta incompetenza, pro-
» nunciò, che il sig. Porro resti ligato dal giudicato
» riportato dal Sig. Spagnoletti contro Rougon, or-
» dinò ridursi le cose innovate al primiero stato, ed
» inibì al Sig. Porro di turbare il Sig. Spagnoletti
» dal passaggio sopra la strada in controversia, colla
» rifazione delle spese a danno di esso Sig. Porro.
» Contro questa sentenza vi è appello per parte del
» Signor Porro.

» Sulla prima -- Attesocchè ne' giudizj di posses-
» so annale la legge non riconosce i caratteri,
» che imprimono alla sentenza l' autorità della cosa
» giudicata. Siffatto possesso versa semplicemente nel
» fatto, e non sul dritto, nella guisa che chi ha ri-
» portato una sentenza favorevole, può soccombere
» nel giudizio petitoriale. Egualmente può perdere
» questo possesso se per un anno continuo ne lascia
» l' esercizio. Simili giudizj sono sempre provvisorj,
» per cui non acquistano mai il carattere di giudi-
» cato. » At-



» Attesocchè nel fatto non è neppure dimostrato
» che il canonico D. Riccardo Pastina era proccura-
» tore del Sig. Rougon nel 1816, quando i Signori
» Spagnoletti riportarono sentenza favorevole di esse-
» re conservati nel possesso della strada in contro-
» versia.

» E ad esserlo, manca assolutamente il dritto di
» attribuire alla sudetta sentenza del 1816, il carat-
» tere di giudicato a farlo valere contro il sig. Por-
» ro, oggi possessore del fondo che si asserisce ser-
» viente, comunque lo abbia acquistato dal signor
» Rougon.

» Sulla seconda -- Attesocchè i Signori Spagno-
» letti han preteso innanzi al giudice del circonda-
» rio di Andria un dritto di passaggio che si ritro-
» va situato nell' articolo 609 parte prima delle leg-
» gi, nella classe delle servitù discontinue: che se-
» condo la disposizione dell' art. 612 della sudetta
» prima parte le servitù di siffatta natura, non pos-
» sono ristabilirsi, che per mezzo di titoli; e quin-
» di il possesso di queste servitù non può giammai
» far presumere, nè far nascere la proprietà, salvo il
» caso preveduto dall' istesso art. 612; che in questo
» caso non trattasi più del possesso, ma della pro-
» prietà di già acquistata con un possesso allora suf-

» ficiente, prima dell'introduzione delle leggi vigenti;
» che all' infuori di questo caso il preteso possesso
» di servitù discontinue non può giammai esser uti-
» le: che quindi non è mai un vero possesso agli
» occhi della legge, e conseguentemente non può
» mai in niun caso fondare nè l' azione possesso-
» ria, nè la competenza del giudice del circon-
» dario.

» Attesocchè non giova a' Sig. Spagnoletti la peri-
» zia del 1816 dalla quale vogliono desumere l' an-
» tichità del loro dritto di passaggio, per le forti
» impressioni delle ruote che si osservano nella strada
» controvertita, indipendentemente dal fatto, che
» quella perizia ebbe luogo fra diverse parti, anzi
» può dirsi levata a sola istruzione del giudice: la
» controversia difetterebbe nell' istesso principio di
» petizione.

» Anche a supporre vero il fatto della forte im-
» pressione rimasta sulla strada non rileverebbe al-
» tro, che rendere servitù apparente, quella che di
» sua natura saria non apparente: ma non può pe-
» rò renderla sicuramente della classe delle continue
» contro la chiara disposizione dell' art. citato 609
» parte prima; e perciò soggetta alla medesima dispo-
» sizione dell' altro art. 612.

» At-

» Attesocchè il giudice del circondario avendo » aggiudicato all'attore il preteso possesso di un drit» to di servitù discontinua, la sua sentenza ha po» tuto essere impugnata per ragion d'incompetenza, » e lo è stato effettivamente; che perciò l'appello pro» dotto per la incompetenza contro la sentenza del » giudice del circondario del dì 31 luglio 1820 è » fondato.

» Attesocchè la sentenza appellata di fatto anche » in quanto alla forma, poichè dall' art. 266 terza » parte dovea contenere la parte dispositiva anche » sulla competenza che si era allegata, e non trascu» rarla.

» Attesocchè non giova a' Signori Spagnoletti ave» re allegato, che questa causa era stata dedotta nel» la 2. camera del Tavoliere. La legge savia, e prov» vida nello stabilire i confini delle diverse giurisdi» zioni nella materia che noi esaminiamo, a' 25 feb» braro 1820, ha distinto i poteri della sudetta ca» mera nell' art. 9 fino all' art. 17, e quelli delle » giurisdizioni ordinarie nel 18, allorchè trattasi di » conservare nella loro integrità i sentieri, e le stra» de vicinali di già stabilite, o a dimandare che al» tre se ne stabiliscono per commodo non meno dei » censuarj del Tavoliere, che de'possessori delle ter-

» re limitrofe nelle loro rispettive proprietà ne' casi
» provveduti dalla legge, la competenza si appartie-
» ne alla 2. camera del Tavoliere. Allorchè poi si
» tratta delle prevenzioni, o repressioni che per via
» di mero fatto venissero le parti a soffrire nel go-
» dimento delle terre censite de' pascoli, de' riposi,
» e ristori, del pari che nel transito de' tratturi, e
» rami di essi, o su i sentieri anche strade vicinali
» continuerà ad appartenere secondo le leggi in vi-
» gore alle autorità ordinarie competenti.

» Attesocchè la controversia nel caso in quistione
» si versa a vedere semplicemente il dritto delle par-
» ti, e non di conservazione di strada nella sua in-
» tegrità, o di altro simile, non deve il Tribunale
» arrestarsi dal continuare gli esercizj della giurisdi-
» zione, che la legge gli attribuisce.

» Attesocchè le parti nelle loro conchiusioni pre-
» se all'udienza han prodotto delle doglianze contro
» le operazioni dell' usciere Sig. de Tullio, che ha
» ecceduto nell' esercizio delle sue attribuzioni, si
» deve loro far salvo il dritto se gli compete da spe-
» rimentarlo innanzi al giudice competente, e nel
» modo dalle leggi prescritto.

» In continuazione dell'udienza del dì primo cor-
» rente.

Il

» Il Tribunale uniformemente alle conclusioni del
» Sig. giudice Perrone funzionando da Regio Proccura-
» tore, fa dritto all' appello prodotto da Vito Nicola
» Porro contro la sentenza del giudice del circondario
» del dì 31 Inglio 1821, dichiara l' incompetenza
» del giudice di circondario, annulla la sudetta sen-
» tenza per difetto di giurisdizione, e rinvia le parti
» a provvedersi come di dritto nel giudizio petitor ia-
» le. Salve le ragioni, se gli possono competere, al
» Signor Porro contro l'usciere, da sperimentarle in-
» nanzi a chi, e come di dritto.

» Condanna il Sig. Spagnoletti alle spese del giu-
» dizio in ducati 15 e grana 79, compreso il regi-
» stro della presente spedizione.

» Fatto, giudicato, e pubblicato all' udienza pub-
» blica, ed alla presenza del Sig. D. Pasquale Per-
» rone giudice d'istruzione del distretto di Barletta
» funzionando da Regio Procuratore, dei Sig. D. Bar-
» tolommeo Jacuzio Presidente, D. Giuseppe Trevi-
» sani Giudice, e D. Daniele Eramo Giudice del
» circondario di Trani da supplente, oggi li 2 ot-
» tobre 1821, Bartolommeo Jacuzio Presidente, Giu-
» seppe Samuele Cassola Cancelliere.

La proposizione principale che regge tutto il di-
scorso del tribunal civile è, che il possesso non è

sufficiente a stabilire le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue apparenti o non apparenti che sieno, comechè trattisi di servitù già acquistata prima della publicazione del codice civile. Questa proposizione noi tassiam d'errore.

Ve n' ha di molte altre incidenti, che parimenti giudichiamo erronee, e come tali esponghiamo alla censura della suprema corte di giustizia. La competenza de' giudici di circondario non si estende al di là dell' anno, ma il possesso dell' ultimo anno contiene in se, per una presunzione di diritto, quello del tempo antecedente. È dunque indifferente alla quistione della competenza se il possesso dell' ultimo anno si riannodi a un tempo più o meno lungo. Il giudicato in materia di possesso annale è rivocabile, perchè versa circa un fatto di sua natura mutabile, ma è definitivo in quella identica causa per la quale è stato pronunziato; e però forma pruova e titolo insieme del possesso, se il padrone del fondo dominante non lo abbia volontariamente interrotto. Inoltre nelle cause d' interdetti possessorj la sentenza pronunziata in contraddizione del procuratore, o di colui che fa uso della servitù a nome del padrone, de'aversi come se pronunziata fosse contro

al

al padrone istesso. E per ultimo la servitù di passaggio è certamente discontinua e non apparente; ma la servitù di strada non solamente è apparente, ma continua.

Dalla confusione de'termini delle anzidette quistioni nascono i molti errori, ne' quali è caduta la sentenza del tribunal civile di Trani. Cotesta sentenza ha in primo luogo negato l'azione possessoria alle servitù discontinue acquistate prima della publicazione del codice civile, contro alla chiara disposizione del secondo membro dell' articolo 612 delle presenti leggi civili, il quale corrisponde all'art. 691 del codice francese (1). Ha in secondo luogo negato la forza di cosa giudicata ad una sentenza pronunziata nell'identica causa contro all' autore

(1) *Le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi, se non per mezzo d' un titolo. Il possesso, benchè immemorabile, non basta a stabilirle; ma ciò non potrà pregiudicare alle servitù già acquistate per le leggi precedenti, rispettivamente ne' dominj al di quà, e al di là del Faro.* (Art. 612).

dell' odierno possessore del fondo serviente. Ed ha finalmente errato nella definizione di una servitù di strada rotabile permanente, avendola scambiata col semplice diritto di passaggio. La dimostrazione di questi assunti esige che il diritto di servitù de' fratelli Spagnoletti sia in tre differenti aspetti esaminato:

1. Presupponendo la servitù acquistata sul fondo Petrone come se fosse discontinua e non apparente,

2. Considerando, nella stessa ipotesi d' una servitù discontinua, l'azione possessoria come guarentita da un giudicato,

3. Considerando la servitù in contesa come continua ed apparente, e come tale compresa nella disposizione dell' articolo 611 delle nostre leggi civili.

PRI-

PRIMA PARTE.

Si presuppone la qualità di servitù discontinua non apparente.

I.

Prenozioni intorno alle servitù discontinue.

Il diritto nuovo ripete la divisione delle servitù da alcuni caratteri proprj a distinguere la diloro natura, e questi sono la *continuità* e l' *apparenza*. *Continue* sono quelle servitù il cui esercizio è, o può essere continuato senza la necessità d'un fatto presente dell' uomo, come gli aquidotti, gli stillicidj, i prospetti. *Discontinue* sono quell' altre che per essere esercitate, necessariamente abbisognano d' un fatto sempre presente dell'uomo, come il diritto di passare per lo fondo altrui, di attignere acqua, di menare animali al pascolo (1). *Apparenti* sono quelle servitù, che manifestansi con opere esteriori, co-

(1) *Art.* 609 *del Cod. Civ.*

me la porta, la finestra, l'aquidotto. E per l'opposito, *non apparenti* sono quelle altre che non offrono alcun segno esterno della loro esistenza, come il diritto d'impedire la fabbrica sopra un dato suolo, o di limitare l'altezza di quella (1). Da queste definizioni ricavansi due conseguenze, il rilevar le quali serve a meglio intendere i due caratteri della *continuità* ed *apparenza*. È continua ogni servitù che perennemente diminuisce la libertà del fondo serviente, dapoichè non si esige che l'acqua sempre scorra, purchè esiste l'aquidotto per lo quale passi, o la gronda dalla quale stilli.

Ogni servitù discontinua può divenire continua, ed ogni servitù non apparente può divenire apparente, se quel diritto che è riposto nell'azione libera e spontanea del padrone del fondo dominante, si converta in un fatto permanente e visibile per segni esteriori. Difatti la servitù di attigner l'acqua, che di sua natura sarebbe discontinua diverrebbe continua, se il padrone di quella costruisse un canale per lo quale l'acqua istessa venir potesse dal fondo serviente al dominante; e la servitù di passaggio che di sua natura

(1) *Art.* 610.

tura sarebbe non apparente, diverrebbe apparente, se il padrone del fondo dominante aprisse nel muro comune; o costruisse nel fondo serviente una porta, la quale dimostrasse esternamente l'esistenza del diritto suo. Laonde la continuità e l'apparenza sono due caratteri *accidentali* i quali appartengono al modo, più che all'essenza delle servitù (1).

Sin qua il diritto francese non avrebbe fatto che introdurre definizioni e vocaboli nuovi, se non avesse altresì mutato le disposizioni delle leggi romane a rispetto de' modi onde acquistare l'una e l'altra specie di servitù.

Le servitù continue apparenti possono acquistarsi per lo solo possesso, mentrecchè le continue non apparenti e le discontinue non si possono oggi acquistare che mercè d'un titolo, il che vuol dire, essere data per le prime l'azione possessoria, e non essere le seconde capaci se non d'un giudizio petitorio, o sia essere le une *prescrittibili*, *imprescrittibili* le altre.

Questo è il più notevole cangiamento che le leggi nuove abbian fatto alle antiche, le quali permetteva-

 no

(1) *Pardessus*, *Traitè des Servitudes*, *Part. I Cap. I Sect.* 2.

no che le servitù si acquistassero per la prescrizione di lungo tempo. La ragione di tal cambiamento de' essere ricavata dalle leggi e consuetudini che ressero già per molti secoli la Francia.

Era quel regno diviso da contrarie leggi, dapoichè in alcune provincie era necessario un titolo per acquistare qualunque specie di servitù, ed in altre era la prescrizione ricevuta come un modo legittimo di costituirle. Ed in quelle stesse provincie, nelle quali la prescrizione era ammessa, vario era il tempo dato a prescrivere (1). Il Codice Civile avendo voluto ovviare alla contrarietà delle leggi, distinse la volontà espressa dalla presunta. Ed acciocchè una siffatta distinzione convenisse alla materia, cui doveva essere applicata, definì le servitù per caratteri certi e visibili, i quali non rendessero ambigua, nè la volontà dell' acquistatore, nè l' acquiescenza del possessore del fondo *serviente*. Tutto quello che poteva rendere dubbia la tacita volontà delle par-

(1) *V. Repert. de Jurisprud. Art. Servitude. Exposè des motifs (M. Berlier) procés verbal du 5 Pluviose an.* 12. *T. IV, pag.* 104 *e* 105 *Tom. II,* 2. *Part. pag.* 109. (*Albisson*)

parti, doveva essere deciso in favore della libertà de' fondi. La reciprocazione degli ufizj, la concordia e la familiarità, che sovente passa tra i vicini dà luogo ad atti, che non debbono essere conversi in obligazioni, quando non sieno fatti coll' intenzione di acquistare per una parte, o di cedere per l'altra. In somma la tolleranza ed il consenso si distinguono anche per quella regola del diritto antico: *Quod affectu datum est, hoc et ad exteros transire non videtur* (1). Per tai motivi il Codice Francese introdusse coll' articolo 691 un diritto affatto nuovo di rincontro alle leggi romane, e nuovo in parte a rispetto di alcune parti della Francia. *Le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi, se non per mezzo d' un titolo. Il possesso benchè immemorabile non basta a stabilirle.*

Ma volle forse la legge distruggere le servitù già acquistate in quelle parti della Francia dove la prescrizione o l'immemorabile possesso era stato insino a quel tempo un titolo valido per costituirle? Vol-

(1) *L. 6 D. de serv. leg.*

le forse il nostro legislatore distruggere tutte le servitù acquistate per la prescrizione di lungo tempo nelle nostre provincie, che avevano per secoli vivuto colle leggi romane? Il contrario apparisce dalla limitazione aggiunta, e in Francia e tra noi, nella seconda parte del citato articolo 691: *Senza che per altro si possano attualmente impugnare le servitù di tal sorta, acquistate già col possesso in quei paesi, ove potevano in tal modo acquistarsi.*

Or l'eccezione, e non la regola dell' articolo 691 forma il suggetto della presente controversia. Se la legge non solamente non distrugge, ma vieta l'impugnare le servitù acquistate col favore delle antiche leggi, uopo è dire che il possesso di quelle de' essere oggi sì tranquillo e sicuro, come era per lo passato, e che la legge dee custodirlo e guarentirlo a quel modo medesimo col quale difende le servitù acquistate per titolo, come se nissuna differenza tra l'une e l'altre esistesse.

II.

II.

Come sia stato inteso ed applicato in Francia l'articolo 691 del Codice Francese.

Non potremmo far meglio intendere l'opinione de' legislatori e degl' interpreti francesi intorno all' articolo 691, che attignendolo dalle discettazioni de' primi autori di quella legge. I. Motivi della legge.

» Cotesta eccezione, dice Locrè, contenuta nella seconda parte dell'articolo, fa cessare la regola » generale a rispetto delle servitù acquistate col possesso ne'paesi ne'quali potevansi quelle per tal modo » acquistare. La Corte di Appello di Metz ricordò, » che in molti luoghi l'immemorabile possesso aveva forza di titolo a rispetto delle servitù; che in » altri luoghi le servitù acquistavansi col possesso di » venti anni. Osservò che se è essenzial cosa, avere intorno a questa materia l'unità della giurisprudenza, è altresì giusto il non atttentare contro a' diritti legittimamente acquistati; e che tale » sarebbe l'effetto dell' articolo, se a quello non » si aggiugnesse una clausola salvatrice.

 » Que-

» Questo timore era mal fondato, dapoichè le
» leggi non possono avere effetto retroattivo pe' di-
» ritti legittimamente acquistati, prima della loro
» publicazione. Ciò non ostante pensossi, essere
» saggia cosa l' aggiugnere la dichiarazione espressa,
» che domandavasi, affinchè si prevenisse ogni sug-
» getto, o anche ogni pretesto di sollecitudine.

» La Corte di Appello di Besanzon domandava,
» se convenisse determinare un modo, e fissare un
» termine, nel quale si verificassero le servitù re-
» golarmente prescritte avanti la pubblicazione del
» nuovo codice. Il silenzio della legge intorno a
» quest' articolo presenterebbe un doppio inconve-
» niente; potrebbe far pensare, o che le servitù già
» acquistate, non sieno state conservate, o che la
» pruova della prescrizione d' una servitù disconti-
» nua potrebb' essere ancora ammessa per un tempo
» indeterminato semprecchè si allegasse essere stata
» quella acquistata prima della publicazione del Co-
» dice; il che farebbe nascere moltissime difficol-
» tà, le quali dee la saviezza del legislatore pre-
» venire.

» La Corte di Appello di Limoges mentrecchè
» riconobbe la massima, che la legge non può tor-
» re

» re un diritto acquistato, perchè non può avere » effetto retroattivo, soggiugneva: potrebbe non pertanto avvenire, che si perdessero le prnove: in » tal caso quali sono le cautele per evitare un tal inconveniente e per conservare i diritti acquistati? » Converrà forse che le parti facciano riconoscere » in giudizio i loro diritti, o che giudiziariamente » quelli domandino? Quale moltiplicazione di liti!

» Le cautele proposte erano per lo meno inutili, » per non dir di più. Le difficoltà che volevansi » prevenire erano immaginarie. Tostochè il diritto » antecedente è conservato per le servitù acquistate, si pronunzierà intorno alle quistioni a quelle » relative, come se il codice non esistesse; e dapoichè la pubblicazione di questa nuova legge non » muta punto lo stato delle cose, il fissare per esse un modo, o un termine sarebbe una novità » fatta con vizio di retroattività alla giurisprudenza » che regola la materia (1) ».

L'opinione del signor Locrè è ricavata dall'esposizione de' motivi della legge fatta dal Tribuno Al-

 bis-

(1) *Esprit du Code Civil Liv. II. Tit. IV.* Des Servitudes *Cap. III. Sect.* 11 *2me subdivision.*

bisson, il quale enunciò la medesima sentenza, quasi ne' medesimi termini. Parlando egli del secondo membro dell' articolo 691, osservò:

» Il progetto avrebbe potuto fermarsi alla prima » parte senza timore di attentare contro a' diritti » già acquistati per virtù del possesso in quei paesi » ne' quali il possesso è stato sinora ammesso; da» poichè le leggi non possono avere alcun effetto » retroattivo a rispetto de' diritti legittimamente ac» quistati prima della loro publicazione; ma non » però è meno lodevole la saggezza dell' espressa » dichiarazione fattane, onde prevenire ogni sugget» to o pretesto di sollecitudine (1) ».

Adunque la mente de' legislatori è stata, che del diritto di coloro i quali avevano acquistato prima della pubblicazione del codice civile una servitù discontinua o non apparente si fosse giudicato, come se la nuova legge non fosse promulgata.

II. Opinione degl'interpreti.

L' illustrazione data dagl' interpreti dell' articolo 691 spande maggior luce sopra la presente quistione, dapoichè hanno essi voluto determinare il senso del cita-

---

(1) *Rapport fait au tribunal par le tribun Albisson: Séance du 7 Pluviose an 12.*

tato articolo per modo che; da una parte la legge nuova non potesse essere invocata per involar diritti acquistati col favore e sotto la fede delle antecedenti leggi, e dall'altra la legge antica non conservasse alcuna autorità dal momento in cui la nuova è stata pubblicata. Laonde seguendo questa norma hanno gli stess'interpreti preveduto due casi, ne'quali sono distinti i confini dell'uno e dell'altro principio. Il quasi possesso d'una servitù dichiarata, per le presenti leggi, *imprescrittibile*, poteva essere incominciato e compiuto sotto le antiche leggi. Se fosse solamente incominciato, la continuazione del possesso e quindi il compimento della prescrizione si abbatterebbe nella resistenza della vigente legge. Compiere ora il possesso sarebbe lo stesso che acquistare la servitù per un mezzo dalla legge riprovato.

Ma se il possesso necessario alla prescrizione era già compiuto, prima che la nuova legge apparisse, il torre a questo possesso la più picciola parte della sua efficacia, sarebbe lo stesso che distruggere un diritto acquistato. Queste due proposizioni non solamente sono di perloro stesse manifeste, ma sono altresì confermate dall' autorità de' più chiari scrittori del Diritto Francese. Il Sig. Merlin propone e risolve queste medesime quistioni nel seguente modo:

» Ma

» Ma a quale legge attenderassi per determinare
» i diritti acquistati per un possesso incominciato pri-
» ma del cangiamento avvenuto nella legislazione,
» sia a riguardo della *prescrittibilità* della cosa che
» ne forma il suggetto, sia a rispetto delle condizio-
» ni richieste per la prescrizione?

» Conviene distinguere se nel momento in cui
» è apparsa la nuova legge, la prescrizione fosse com-
» piuta secondo la legge, sotto la quale il possesso
» era incominciato, ovvero se non fosse ancora com-
» piuto. Nel primo caso non v'ha dubbio che la pre-
» scrizione non conservi tutto l'effetto suo. Questa
» è la conseguenza necessaria del principio, che le
» nuove leggi non possono retroagire. E però il Co-
» dice Civile decidendo coll' articolo 691, che il
» possesso anche immemorabile non basta per ista-
» bilire le servitù continue non apparenti, nè le
» servitù discontinue apparenti o non apparenti, ag-
» giugne: senza che si possano oggi impugnare le
» servitù di questa specie già acquistate per la pre-
» scrizione, ne' paesi, dove quelle potevansi per tal
» modo acquistare.

» Nel secondo caso bisogna suddividere la quistio-
» ne: o la legge sotto l' imperio della quale il pos-
» sesso è incominciato, non differisce dalla legge
» nuo-

» nuova, che per la quantità del tempo necessario
» per acquistare la prescrizione: o v' ha contrarietà
» tra l' una e l' altra legge intorno alla prescrittibi-
» lità della cosa posseduta.

» Nella prima ipotesi, il Codice Civile vuole,
» nell' art. 2281, che le prescrizioni incominciate
» al tempo della pubblicazione di quell' articolo sie-
» no regolate conformemente alle leggi antiche. Ciò
» non pertanto soggiugne: le prescrizioni incomincia-
» te, e per le quali le leggi antiche richiederebbo-
» no più di trent' anni, saranno compiute pel tem-
» po di trent' anni.

» Nella seconda ipotesi è ancora necessaria una se-
» conda suddivisione. O l'antica legge differisce dal-
» la nuova, perchè questa permette il prescrivere
» ciò che quella dichiarava imprescrittibile; ovvero
» differiscono l' una dall' altra, perchè la nuova di-
» chiara *non prescrittibile* quello che l' antica per-
» metteva di prescrivere. Nel primo caso il possesso
» incominciato avanti la legge nuova, non può es-
» sere contato per la prescrizione. Vietato dalla leg-
» ge antica, de'essere risguardato come se non aves-
» se avuto luogo per tutto il tempo in cui la legge
» antica fu in vigore. La legge nuova che lo per-
» mette non può legittimarlo per lo passato; se lo
» le-

» legittimasse, retroagirebbe. Or è stato già detto » che le leggi nuove non hanno mai effetto retroattivo...... Nel secondo caso il possesso che ha » avuto luogo sotto l' imperio dell' antica legge per» de ancora tutto il suo effetto, a cagione dell' *im*» *prescrittibilità* stabilita dalla nuova legge. Pren» diamo per esempio l' articolo 691 del Codice Ci» vile. Esso dichiara, siccome l' abbiamo poco fa » veduto, che le servitù continue non apparenti, » e le servitù discontinue apparenti o non apparenti » non possono stabilirsi, se non per titoli, a' quali » non può supplire neppure il possesso immemora» bile. Ma prima della promulgazione dell' anzidet» to articolo, che non va al di là de' 20 Piovo» so dell' anno 12, v' erano paesi ne' quali que» ste servitù potevano essere prescritte, o in trenta, » o in quarant'anni, o per un possesso immemorabi» le. Dirassi forse che per l'articolo 2281 la prescri» zione di tali servitù incominciata sotto le antiche » leggi, de' essere al presente continuata colle leggi » medesime?

» Ma qual è il mezzo di continuare una prescri» zione, che l' articolo 691 assolutamente vieta? » Quale il mezzo d'acquistare col possesso una ser» vitù che l' articolo 691 dichiara non poter essere

» per

» per tal modo acquistata? Quale il mezzo di seria-
» mente dimostrare, che il compiere una prescrizio-
» ne incominciata non sia lo stesso che acquistarla
» col possesso? Sarebbe inutile il dire, che l' arti-
» colo 691 non può avere effetto retroattivo; ed
» inutile l' affermare che si farebbe retroagire il ci-
» tato articolo, quando se gli desse l'effetto di pri-
» vare colui, che aveva incominciato a prescrivere
» sotto la legge antica, del diritto di compiere la
» prescrizione. La legge non retroagisce se non quan-
» do toglie diritti acquistati già prima della sua pro-
» mulgazione; e senza retroagire può togliere espet-
» tative e speranze de' diritti non ancora formati,
» nè ancora acquistati.

» Or cosa è la prescrizione solamente incomincia-
» ta? Niente altro che un'espettativa o speranza, che
» colui stesso contro al quale è operativa, può di-
» struggere per semplici atti d' interruzione. E bene
» quello stesso che un privato può fare per atti d'in-
» terruzione, sicuramente può anche fare la legge
» per una disposizione generale.

» Finalmente la quistione è testualmente decisa
» dallo stesso articolo 691. Dopo avere dichiarato
» *imprescrittibili* le servitù delle quali tratta, ag-
» giugne: senza potere per altro impugnare al pre-

» sente

» sente le servitù *già acquistate col possesso*. Cote-
» ste parole *già acquistate* non lasciano, siccome è
» manifesto, dubbio alcuno. Conservando il legisla-
» tore le servitù acquistate, proscrive evidentemen-
» te ogni possesso, che al tempo della promulgazio-
» ne dell' articolo 691 non era giunto al termine
» della prescrizione (1).

Questo lungo discorso di Merlin, che abbiamo per intero riportato, onde dimostrare quel che la legge nuova toglie o conserva, può essere ridotto in due brevi proposizioni: il possesso non può essere più un mezzo, onde acquistare le servitù dichiarate *imprescrittibili* dall'articolo 691 del Codice Civile: le servitù già prescritte non possono essere più impugnate sotto le nuove leggi, come no 'l potevano essere sotto le antiche. Ma v'ha una terza quistione di più difficile soluzione, la quale confonde spesso nel fatto le due precedenti proposizioni, per se stesse distinte: Quale sarà il mezzo onde pruovare che una delle servitù oggi dichiarata *imprescrittibile*, era già acquistata al tempo della publicazione dell'artico-

(1) *Merlin. Repert. de Jurisprud. Art. Prescription, Sect. I. §. 3. n. 8 e 9.*

colo 691. Gioverà esporre tutta la forza della difficoltà, onde cercarne la soluzione, sia ne' principj stessi della legge, sia negli esempj delle cose giudicate.

Un chiaro scrittore della materia delle servitù, il sig. Pardessus, l'ha proposta ne' seguenti termini:

» Ciò non pertanto non si dee negare, che messa da banda ogni quistione di diritto, le circostanze e i fatti semplici faranno nascere numerose controversie. Queste nasceranno specialmente dall'incertezza dello stato de' luoghi. Per esempio il diritto di passaggio acquistavasi in alcuni paesi per » un possesso di trent'anni. Il Codice Civile esige » oggi un titolo. Come sarà possibile di quà a venti » o trent'anni l'ammettere, senza numerosi inconvenienti, la pruova che trent'anni prima della » promulgazione *della nuova legge*, colui che domanda il passaggio ne aveva goduto, ed aveva » acquistato la prescrizione?

» La difficoltà sarà anche maggiore quando i cangiamenti prodotti dalla nuova legge saranno tali, » che quel che altra volta avrebbe servito di pruova » in favor d'una parte, sarà divenuto una pruova » opposta in favor della parte avversa. . . . .

» Mol-

» Molte Corti avevano preveduto queste difficoltà » nelle loro osservazioni. Convinte del principio, che » la non *retroattività* sia una delle disposizioni car- » dinali del novello Codice, non hanno dubitato » che non sarebbe lo stesso principio consecrato in » favor delle servitù acquistate sotto la fede della » precedente legislazione; ma conoscendo che le » pruove di quelle servitù, le quali risultavano dal » possesso, potevano perire, hanno additato la ne- » cessità di ricorrere ad alcuna cautela, onde veri- » ficare i diritti acquistati. Noi non possiamo fare » altro che unire i nostri voti a quelli de' magistra- » ti delle anzidette corti, affinchè il legislatore ri- » conosca il pericolo d'un silenzio assoluto intorno » ad un punto cotanto importante (1).

La difficoltà dunque nasce dal silenzio della legge, e da un vacuo che si scopre nelle sue disposizioni. Vuolsi per altro notare che le difficoltà non sono tra noi quelle stesse che forse potransi sperimentare in Francia, dapoichè uno era il diritto nelle provincie tutte del regno nostro, ed una la pre-

(1) *Pardessus Traité des servitudes P. III. Chap. III. Sect. III. n.* 343 e 344.

prescrizione, cioè quella ammessa dalle leggi romane. Ciò non pertanto se minori saranno tra noi gl'inconvenienti preveduti dagli scrittori francesi, non però non è grave la difficoltà, che si attribuisce al fatto del legislatore. Ma se questa difficoltà esista in tutto o in parte potrebbesi forse al vizio della legge riparare col sagrifizio de'diritti acquistati? Potrebbesi fare retroagire la legge, per impedire che la pruova delle servitù d'antico tempo costituite, non servisse a fare frode alla legge nuova? Prima di esaminare dove giaccia la difficoltà, e quale sia il mezzo più atto a sciorla, sarà utile il vedere, come sieno state decise da' tribunali francesi le controversie intorno al possesso delle servitù discontinue che si dicevano acquistate prima della publicazione dell' articolo 691.

III. Decisioni de' tribunali francesi.

È stata sovente esaminata ne' tribunali francesi la quistione, se la querela del possesso turbato nell' anno, potesse essere ammessa per le servitù continue non apparenti, o per le servitù discontinue che dicevansi prescritte prima della publicazione del codice civile. Ma siccome ciascuna decisione si riferisce ad una specie di fatto diversa dall'altra, così per ricavare da tutte una regola generale è necessario rilevare quale sieno state le differenze che in un caso hanno fatto ammettere quella pruova, che in un al-

tro

tro è stata rigettata. I casi che possono differenziare la proposta quistione sone tre. 1. Si è talune volte domandato la manutenzione nel possesso d'una servitù discontinua, turbato nell'anno, senza dimostrare il diritto acquistato prima della publicazione del codice civile: 2. La stessa azione è stata altrevolte accompagnata dalla pruova del possesso e della prescrizione compiuta prima della publicazione del codice civile: 3. In fine la medesima azione è stata anche accompagnata dal titolo, per lo quale erasi la servitù acquistata.

Giudicati nel primo caso.

Delpy esercitava un diritto di passaggio per la corte e per lo giardino di *Tournet*. Sul finire dell' anno 1809 *Tournet* non volle più sopportarlo, e ruppe il passaggio: Delpy citò Tournet a comparire innanzi al giudice di pace per essere condannato a lasciarlo passare, come per lo innante. Il giudice avendo considerato che Delpy possedeva quel diritto da un anno prima del turbamento e che il possesso dell'anno era una continuazione di quello goduto già prima della publicazione della nuova legge reintegrò Delpy nel possesso. Tournet appellò di cotesta sentenza

tenza al tribunal civile di Brives per motivo d' incompetenza del giudice di pace. Il tribunal civile rigettò il motivo d' incompetenza e confermò la di lui sentenza. Essendo il giudicato divenuto definitivo nell' interesse delle parti, il Procurator generale presso la Corte di Cassazione il denunziò nell' interesse della legge, e fece quello cassare pe' medesimi motivi espressi nella sua conclusione.

» Considerando, disse la corte, che dalla senten-
» za del giudice di pace, risulta che il sig. Delpy
» godeva del passaggio da un anno e più innanzi
» del turbamento, senza determinare non pertanto
» il tempo in cui nacque un tal diritto; che il tri-
» bunal civile il quale ha confermato la sentenza del
» Giudicato di Pace si limita a mentovare la pre-
» tensione di Delpy, che è l'avere esercitato prima
» della publicazione delle nuove leggi il diritto di
» passaggio per un tempo sufficiente a prescrivere,
» senza nè pur dichiarare che il possesso dell' anno
» era stato acquistato allorchè fu publicato il titolo
» delle servitù del codice civile;

» Considerando che se v' ha qualche difficoltà nel-
» la quistione, cioè: se nel caso d' un semplice pos-
» sesso d' un anno, anteriore alla promulgazione
» dell' articolo 691, continuato di poi, possa am-

» mettersi la querela del turbato possesso, ed accor-
» darsi la manutenzione provvisoria d'una servitù,
» che non fosse pruovato, essere stata allora intera-
» mente acquistata, non può essere dubbio, che
» l' azione possessoria non è fondata quando non ap-
» parisca chiaro agli occhi del giudice il possesso
» dell' anno, già acquistato al tempo della publica-
» zione d'una legge che non riconosce come atto
» ad acquistare le servitù discontinue, nè pure il
» possesso immemorabile; e che per conseguente è
» nel presente caso manifesto, che la querela del
» turbato possesso è fondata sopra un possesso di-
» chiarato dall' articolo 691 insufficiente, sia per co-
» minciare, sia per compiere la prescrizione; e però
» avendo il tribunale fatto valere un tal possesso per
» mantenere il diritto di servitù, ha contravvenuto
» all' articolo 691 del codice civile, ed ha fatto una
» falsa applicazione dell' eccezione scritta nella dispo-
» zione finale del citato articolo »; cassa ed annul-
la ec. (1).

Da questa prima decisione rilevasi che se il giudice di pace ed il tribunal civile di Brives avessero fondato le

(1) *Decis. de' 13 Agosto 1810 in Sirey Tom. P. 1 pag.* 333.

le lor sentenze sulla pruova che il possesso dell' anno era acquistato prima della pubblicazione del Codice Civile, forse la Corte di Cassazione avrebbe altrimenti deciso; dico forse perchè tanto ne'motivi della riferita decisione, quanto nelle conclusioni del procuratore generale Merlin, si enunzia e si evita la quistione del possesso anteriore alla promulgazione del Codice Civile. Del rimanenti essendo il motivo principale della cassazione ricavato dal difetto della pruova anteriore alla publicazione del Codice, è manifesto che la difficoltà enunziata deesi riferire alla discettazione, e non alla sentenza dell' animo dei giudici, altrimenti non avrebbono stabilito come principio del ragionamento una massima erronea di diritto.

Ciò tanto è vero, quanto la medesima controversia era stata allo stesso modo giudicata da' tribunali francesi, rispettivamente alle leggi anteriori al Codice Civile. Una nuova consuetudine di Parigi aveva già prima del Codice introdotto la pruova scritta, o sia il titolo per le servitù non apparenti. Ciò non pertanto sostenne taluno avere acquistato una servitù per destinazione di padre di famiglia, prima della nuova consuetudine, ed affermava essere il suo possesso compiuto prima della legge. Perdette egli è vero,

ro, ma per la ragione che non aveva provato, giusta i termini dell' antica consuetudine, che le due case, sopra le quali la servitù dicevasi costituita, avessero appartenuto al medesimo padrone, circostanza di fatto indispensabile al presupposito della destinazione del padre di famiglia (1). Cotesta decisione è riferita da Pardessus, *nel trattato delle servitù*, in sostegno della massima che la legge nuova non può avere alcun effetto retroattivo sopra i diritti già acquistati (2), massima la quale è stata poi offesa da qualche altro posterior giudicato.

Giudicati nel secondo caso.

Velten e *Vandhommer* esercitavano il diritto di passare per lo fondo di Hûgel. Sul finire dell' anno 1809 Hûgel no 'l volle più sopportare, e costrusse un muro, che chiuse il passaggio. Veltèn e Vandhommer introdussero un' azione possessoria innanzi al giudice di Strasbourg per essere mantenuti, ed otten-

(1) *Journal du Palais*, in folio, *Tom.* 1 *pag.* 610.
(2) *Traité des Servitudes P. III Chap. III Sect. III n.* 343, *in fine.*

tennero la manutenzione, atteso il possesso dell'anno dopo la pubblicazione del codice civile, ed il possesso immemorabile antecedente. Di questa sentenza appellò Hügel al tribunal civile di Strasbourg, il quale annullò la sentenza del giudicato di pace per motivo d'incompetenza. Della sentenza del tribunal civile fu dato ricorso alla corte di cassazione, che a' 10 di febbraio del 1812 così decise:

» Considerando che gli attori hanno preteso in-
» nanzi al giudice di pace il possesso di un diritto
» di passaggio; che tal diritto è collocato dall' ar-
» ticolo 686 del codice civile nella classe delle ser-
» vitù discontinue; che giusta la disposizione del-
» l' articolo 691 dello stesso codice le servitù di tal
» natura non possono stabilirsi se non per titolo;
» che però il possesso di queste servitù non può
» far giammai presumere la proprietà, nè farla na-
» scere, salvo il caso preveduto dallo stesso arti-
» colo 691; che in tale caso non si tratta più del
» possesso, ma della proprietà acquistata già per un
» possesso ch' era sufficiente prima dell'introduzione
» del codice civile; che da questo caso in fuori
» il preteso possesso delle servitù discontinue non
» può giammai essere utile; che per conseguente
» non è quello un vero possesso agli occhi della
» leg-

» legge, e però non può in verun caso servire di
» fondamento nè all'azione possessoria, nè alla com-
» petenza del giudice di pace;

» Considerando che avendo il giudice di pace ac-
» cordato agli attori gli effetti del preteso possesso
» d'un diritto di servitù discontinua, la sua sen-
» tenza poteva essere ed è stata impugnata per in-
» competenza; e però giusta l'articolo 454 del co-
» dice di procedura civile poteva essere ricevuto
» l'appello; dal che risulta che avendo il tribunale
» di Strasbourg ricevuto l'appello dalla sentenza del
» giudicato di pace, ed avendola annullata, come
» incompetentemente pronunziata, ha giustamente
» interpretato le leggi e gli articoli invocati dagli
» attori, come non applicabili alla specie; rigetta
» ec. (1).

Con buona pace de' sommi uomini che a questo modo decisero, ci sia permesso fare l'analisi del diloro ragionamento. Le servitù discontinue han detto non possono stabilirsi, se non per titolo, giusta la disposizione dell'articolo 691, tranne il caso preveduto dal medesimo articolo, che è quello delle

(1) *Sirey A.* 1813 T. *XIII P.* 1. *pag.* 3.

delle servitù acquistate per lo possesso prima della pubblicazione del codice; ma non essendo il possesso del tempo presente un vero possesso, non può far presumere l'antico, e quindi non può far nascere la proprietà. La conseguenza di questo discorso è, che per rendere efficace l'eccezione dell'articolo 691, converrebbe che le servitù per questo modo acquistate avessero in loro favore una sentenza dichiarativa prima della pubblicazione del codice civile. Ma se questa fosse stata la mente della legge, l'eccezione sarebbe stata inutile; dapoichè cotali servitù si troverebbono guarentite da un titolo, che è la cosa giudicata, ed avrebbono tutti i requisiti delle nuove.

Han detto in secondo luogo che non bastando ora il possesso dell'anno, ed essendo il giudice di pace uscito da' cancelli di questa pruova, aveva incompetentemente pronunziato.

Ma le azioni possessorie sono fondate sopra presunzioni, che possono e debbono essere rettificate nel giudizio petitorio. Il possesso dell'anno è la pruova dello stato ultimo delle cose, che nessuno può per privata autorità distruggere, e contiene in se la presunzione dello stato antecedente. Se la presunzione è legittima, il giudice può e de' accordare

re la manutenzione; se legittima non fosse è inutile invocarla contro all' espressa disposizione della legge.

Or questa appunto è la differenza che passa tra le antiche e le nuove servitù. Il possesso dell'ultimo anno o si annoda con quello del tempo antecedente alla publicazione del codice, ed in tal caso contiene in se una presunzione legittima della prescrizione, la quale sotto le antiche leggi equivaleva al titolo; ovvero si limita al solo tempo presente ed in questo secondo caso non è efficace a fare presupporre la prescrizione, perchè le servitù discontinue sono di loro natura imprescrittibili. Tal è lo spirito de'giudicati riferiti nel primo caso. Gli attori nell'azione confessoria della servitù di passaggio dimostrarono il solo possesso dell'anno, e però furono da quella esclusi. Se avessero adempiuto ad una tal pruova, avrebbono ottenuto quel che domandavano. I giudicati dunque del secondo caso sono in aperta contraddizione di principj con quelli del primo.

In conferma di ciò vuolsi considerare che se il giudice del turbato possesso non è competente per conoscere di tutti i requisiti del possesso, non potrebbe esserlo neppure del titolo, giacchè il possesso e la prescrizione compiuta sotto le antiche leggi è un

è un titolo, come la convenzione. Ora se l' azione del turbato possesso non è di competenza del giudice di pace neppur quando sia accompagnato dal titolo, avremmo ragione di dire che la giurisprudenza de' tribunali francesi è stata rigorosa, ma conseguente a se stessa; laddove se in questo caso solo avesse riconosciuto la competenza del giudice di pace, sarebbe contraddicente a se stessa, dapoichè avrebbe in un caso negato quello, che per la medesima ragione ha in un altro caso accordato. Cotesto argomento sarà meglio dichiarito per gli esempj delle cose giudicate nel terzo caso.

Giudicati nel terzo caso.

Pelleport era solito passare e far passare i suoi carrettieri per lo fondo de' coniugi *Carteret*. Nel mese di luglio del 1807, *Carteret* turbò il possesso di *Pelleport* e fè scavare un fosso per impedire il passaggio. Introdusse costui una querela di turbato possesso innanzi al giudice di pace. Oppose *Carteret* non potersi ammettere l' azione, dapoichè trattavasi di *servitù discontinue* o sia di *materia imprescrittibile*, per la quale non compete querela di turbato possesso. Difatti soggiugnevasi, non altri-

trimenti è data al possessore questa specie d' azione, se non perchè si presume esser egli proprietario. Or questa presunzione non ha luogo dove non può da lei nascere il titolo o sia la proprietà.

Palleport per l'opposito presentò il titolo della servitù, che era una convenzione del 1. di luglio 1774, e mentrecchè riconobbe le anzidette ragioni, come vere nel caso d' una servitù senza titolo, osservò nondimeno che dove l' esercizio di quella prendesse origine dal titolo, non poteva non aversi il possesso per legittimo, e come la conseguenza d'un diritto, non presunto, ma dimostrato. È questo un sofisma, replicava *Carteret*, dapoichè non trattasi ora del petitorio, ma del possessorio. Il giudice di pace non può estendere la sua vista al titolo, ma deesi limitare al solo possesso dell' anno.

Il Tribunal Civile di S Gaudens confermò la sentenza del giudice di pace, e mantenne *Palleport* nel possesso del diritto di passaggio. La Corte di Cassazione, cui Carteret produsse ricorso, così decise:

» Attesocchè la ragione per la quale il possesso » dell' anno non dà nelle servitù discontinue il diritto di formar querela di turbato possesso, e » perchè non potendo produrre una ragione di pro-

» prie-

» prietà, è sempre risguardato come precario e co-
» me sfornito de'requisiti della legge; che questa ra-
» gione non è più la stessa, quando il possesso è
» accompagnato dal titolo; giacchè in questo caso
» non può essere l'effetto d'una semplice tolleran-
» za, nè essere riguardata come precario.

» Attesocchè se il giudice incaricato di statuire
» unicamente intorno al possessorio, non può de-
» finitivamente giudicare della validità del titolo,
» può non pertanto ordinarne la provvisionale ese-
» cuzione a rispetto del possesso, e servirsi di quello
» per giudicare della qualità del possesso medesi-
» mo; ed accordare al possessore, che è guarenti-
» to dal titolo il godimento provvisionale, salvi
» tutti i diritti delle parti nel petitorio.

» Attesocchè nella specie presente il possesso al-
» legato dal signor Pallepart è accompagnato da un
» titolo, d'onde segue che non possa essere risguar-
» dato come precario, nè come l'effetto d'una
» semplice tolleranza, e però v' era luogo all' azio-
» ne possessoria, e n' era competente il giudice di
» pace; la Corte rigetta (1).

Do-

(1) *Decis. de'4 luglio* 1810 *in Sirey anno* 1810 *P.* 1. *pag.* 337.

Dov' è la coerenza de' principj tra questa decisione, e quella riferita nel precedente caso? Se il giudice di pace che statuir dee del possessorio, può aver presente il titolo per guarentirne l'esecuzione, perchè non potrebbe aver presente il possesso acquistato prima dell'anno, o prima della pubblicazione delle nuove leggi onde impedire un attentato da parte di colui che vorrebbe giovarsi delle medesime leggi, per violare un diritto di servitù già da lui riconosciuto? Se in uno de' due casi, può il giudice di pace entrare nella cognizione di fatti istranei alla turbazione del possesso annale, onde giudicare della qualità del possesso medesimo, perchè mai questa medesima cognizione gli è in un altro caso negato? E se i giudizj di turbato possesso sono dati per impedire le vie di fatto, facendo salvo a'giudizj petitorj il pieno e maturo esame de'diritti delle parti, perchè si vorrebbe invertere la regola in danno degli antichi possessi ed accordare il braccio della legge a colui che si vale dell' autorità privata per mutare lo stato delle cose? La ragione di queste incoerenze, siccome di quì a poco il vedremo, è, che i tribunali francesi hanno inteso porre in mezzo la giurisprudenza per supplire ad un vero, o preteso vacuo della legge, nel che hanno oltrepas-

sa-

sato il dover di giudice, ed usurpato le facoltà di legislatore.

III.

Come debba essere interpretato ed eseguito l' articolo 691.

Se la legge nuova ha servato intatti i possessi acquistati, e di quelli ha voluto che si giudicasse, come se ancor vivessero le leggi *abrogate*, ha dovuto altresì conservare i rimedj pe' quali il possesso può essere custodito e difeso. Cotesti rimedj possono avere sofferto cangiamento quanto alla forma esterna del giudizio, nel che vale la massima che le leggi di procedura sono di loro natura retroattive; ma quanto al di loro fine l' effetto de' essere lo stesso, o che si giudichi ora de' fatti antichi, o che giudicato se fosse quando erano vigenti le leggi, col favor delle quali fu acquistato il diritto, del quale oggi si contende. E per verità non è necessario ricavare per argomenti quello che nella lettera stessa della leggi è espresso; imperciocchè l' articolo 691 dopo avere nella prima parte dichiarato imprescrittibili le servitù discontinue, soggiugne nella seconda: *senzacchè per*

per altro si possano attualmente impugnare le servitù di tal sorta acquistate già col possesso in que' paesi, ove potevano in tal modo acquistarsi.

Espressa è parimenti la distinzione tra i giudizj *possessorj* e i *petitorj*, dapoichè nasce dall' essenza de' giudizj stessi, e dagl' immutabili principj delle leggi della proprietà.

Gli effetti di tal distinzione sono: *Huius interdicti* (uti possidetis) *proponendi causa haec fuit, quod separata debet esse possessio a proprietate. Fieri etenim potest ut alter possessor sit, dominus non sit: alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri etiam potest ut et possessor idem et dominus sit* (1).

L' applicazione di questa regola generale alle servitù di passaggio e di strade è scritta in quell' altra legge: *Quo itinere actuque privato quo de agitur vel via, hoc anno, nec vi nec clam nec precario ab illo usus es; quominus ita utaris, vim fieri veto* (2). Or siccome l' Interdetto *uti possidetis* dava l' azione onde conservare il possesso, così l' Interdet-

(1) *L.* 1. *D. uti possidetis.*
(2) *L.* 1. *D. De itinere actuque privato.*

detto *unde vi* era il mezzo onde ricuperare il possesso perduto per violenza, o per qualunque fatto di privata autorità: *Illud restituit vi amissam possessionem, hoc tuetur* (1). La legge abborrisce gli atti violenti, ed accorre col suo potere là dove i privati dimenticando i modi civili, ricorrono alle vie di fatto. La quistione allora non versa più circa il diritto col quale si possedeva, ma circa il modo per lo quale è stato il possesso interrotto (2).

En-

(1) *L. I* §. 4 *Uti poss.*

(2) *Fulcinius dicebat: vi possideri, quoties vel non dominus (quum tamen possideret) vi dejectus est. L.* 8 *D. de vi. Dejicitur is qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat. Nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. L.* 1 §. 9 *D. de vi.*

Qui usufructus nomine qualiter qualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto. Sed si quis posteaquam prohibitus est, capite minutus sit, vel mortuus; recte dicitur heredibus et successoribus competere hoc interdictum; non ut in futurum constituatur usufructus, sed ut prae-

te-

Entrambe le azioni nascenti da' due mentovati *Interdetti*, sono nell' antico e nel nuovo diritto francese comprese nel vocabolo *complainte*, che noi diremmo querela di turbato possesso. Ne' paesi della Francia che vivevano col diritto romano, o con consuetudini da quello derivate, competeva a' padroni delle servitù acquistate sia per titolo, sia per possesso. Dopo la publicazione del Codice Civile, la naturale intelligenza dell' articolo 691 dice, che la querela di turbato possesso compete per le nuove servitù acquistate solamente per virtù d' un titolo; e che per quelle già acquistate col possesso quando il nuovo Codice fu promulgato, competa per lo presente, del pari che per lo passato, non potendo nè la legge nuova nè il tempo diminuire i diritti de' possessori.

Ma quale sarà il mezzo per distinguere le nuove dalle antiche servitù? Questa è l' obbiezione per evitar la quale vorrebbesi le une alle altre sagrificare.

In-

---

terita causa, et damnum praeteritum sarciatur. L. 3 §. 17 D. de vi, et vi arm.

Qui a me vi possidebat, si ab alio dejiciatur, habet interdictum L. 1 §. 30 D. de vi et vi arm.

Insino ad ora nissun altro modo legale, fuori del giudizio, è stato trovato per discettare della verità, e per dimostrare i fatti che sono in contesa tra le parti. Per altra parte nè i giudizj nè qualsivoglia altro mezzo umano possono aspirare ad altro genere di certezza, fuorchè a quella che dicesi *morale*. Or se per lo dubbio, che in alcun caso la certezza morale non si scontrasse col vero, si volesse transigere un tal dubbio col danno de' diritti altrui, si sceglierebbe un male certo per un altro incerto, o sia si conculcherebbe la giustizia per timore che altri non l'offendesse. Tralasciamo l'esaminare, se v' abbia de' casi ne' quali sia necessario ricorrere a siffatto espediente. Se questi casi esistessero è ufizio de' legislatori il prevedergli. A' giudici è dato l'applicare la legge al particolare, senza guardare al generale. Se dall' applicazione della legge può risultare errore che offenda l' interesse generale è dover della stessa legge l' emendarlo. Ma nella specie presente la legge somministra tutte le cautele ond' evitar l' errore. Non uno, ma due stadj di giudizio o sia di esperimento legale sono dati a coloro che affermano o negano un diritto di servitù. Uno è il giudizio possessorio, l'altro il petitorio. Nel possessorio colui che si duole, essere stato sturbato dal pos-

possesso d'una servitù discontinua, acquistata sotto le antiche leggi, comincia col presentare al giudice un fatto illecito, il quale stabilisce una presunzione contraria al suo autore che è la via di fatto usata dal padrone del fondo servieute; passa in secondo luogo ad allegare l'antica causa del suo possesso, e domanda che il giudice co' mezzi che sono in suo potere sottometta a pruova l'antichità del suo diritto. Costui verificato lo sturbo ed investigata sommariamente l'antichità del possesso restituisce le cose nello stato in cui erano. Può stare che in questa sommaria investigazione il giudice s' inganni, e qualifichi come antico un possesso nuovo, che la legge più non riconosce. Se questo caso si desse nessun altra conseguenza produrrebbe l'errore, se non il prolungare il possesso in sino all' esito del giudizio petitorio, nel quale più ampie istruzioni, e pruove ad argomenti d'ogni genere possono essere prodotti, onde dimostrare quella verità che nel primo sperimento è rimasa nascosa. Che se anche in questo secondo giudizio volesse prevedersi la possibilità dell'errore risponderemmo, che non sappiamo ravvisare nelle cause di servitù una ragione di maggiore sollecitudine che negli altri giudizj. L'errore è inseparabile dagli umani giudizj, nè la legge può al-

altro fare, che adoperare tutte le cautele per evitarlo.

Esaminiamo ora gl'inconvenienti che risulterebbono dall' interpretazione contraria. L'errore sarebbe non solamente certo, ma commesso con deliberato proposito della legge. I possessori tutti delle antiche servitù, sarebbero impunemente spogliati de'diritti acquistati, senza poter trovare il giudice che gli difendesse dalla violenza e dagli attentati. Cacciati dal possesso per via di fatto non potrebbono domandare al giudice la restituzione di quello, perchè la giurisprudenza de' tribunali francesi risponderebbe loro: *la legge non riconosce in voi possesso* Rimandati ad un giudizio petitorio dovrebbono dimostrare la legittimità di quel possesso che hanno già perduto, e dicui la parte avversa non avrebbe mancato distruggere ogni vestigio. In somma, interpretato a questo modo l' articolo 691, l' eccezione fatta per le antiche servitù sarebbe apparente; in realtà la legge nuova sarebbe stata, dal momento della sua promulgazione, autrice dello spogliamento di tutti i diritti acquistati. Questa conseguenza non sarà forse tanto grave iu Francia, quanto sarebbe in Napoli, dove si è vissuto non con particolari consuetudini, ma con un diritto unico ed universale; dove, non

il possesso immemorabile, ma la sola prescrizione di lungo tempo bastava per acquistare le servitù di qualunque specie; dove finalmente innumerevoli servitù sono state a questo modo costituite. Una giurisprudenza di questa fatta le distruggerebbe tutte ad un tratto, e cangerebbe la misura e la figura di tutte le rustiche proprietà. Una via di fatto, data a'padroni di tutti i fondi servienti per liberare questi dalle servitù loro imposte sarebbe la sorgente di violenze e di delitti, siccome il dimostra l'esempio d'una causa già decisa dalla nostra suprema corte di giustizia (1).

Ma che avverrà di quà a cento anni, allorchè la pruova del possesso antecedente alla publicazione del codice sarà divenuta impossibile? Questa è la seconda obbiezione dalla quale vorrebbesi ricavare la necessità di fare retroagire la legge.

Vi provvederà il legislatore, rispondiamo noi, e se no'l facesse sarà minor male, che si acquisti una novella servitù contro al voto delle presenti leggi, anzichè si distruggano tutti i diritti già acquistati prima della publicazione di queste. E per opporre il caso contrario a quello che si raffigura di quà a cento

(1) *Causa di Galdieri e Majorini.*

cento anni, che deciderassi de' turbamenti di possesso i quali possono essere intervenuti nel primo anno della publicazione del codice civile? In questi casi la pruova del possesso dell' anno mette capo immediatamente nel tempo in cui le servitù discontinue erano *prescrittibili*. Negherassi forse a quei possessori la manutenzione, perchè in cento altri anni la pruova del possesso sarà tanto difficile, quanto ora è facile e spedita? Il decidere a questo modo conterrebbe una transazione del diritto d'una con quello d'un' altra parte. E se una tal decisione sarebbe inginsta ed assurda nel primo anno della legge, come potrebbe divenire giusta negli anni segnenti? Qual' è quella legge che ha un senso nel primo anno, ed un altro nel secondo? Fu saggio il pensiero de' tribunali francesi che proposero un termine per verificare le servitù acquistate nel momento della publicazione del nuovo codice. Forse l' esperienza dimostrerà in appresso la necessità di siffatto espediente. Certo è che il legislatore non lo accolse, ed antepose a tutte le altre ragioni il rispetto pei diritti acquistati. Il ragionamento dunque di quei tribunali, i quali ora violano questi medesimi diritti, non è proprio di giudici e di giureconsulti, ma di legislatori; che anzi vogliono essere piucchè le-

legislatori, dapoichè intendono ovviare ad inconvenienti, de' quali la legge stessa non è stata sollecita.

IV.

Risposta ad un' obbiezione ricavata dalla competenza de' Giudici di Circondario.

La legge de' 29 di maggio 1817 dà a' giudici di circondario la cognizione *delle azioni di servitù, quando non ne sia interrotto il possesso oltre di un anno* (1). Cotesta disposizione è ricavata dall'articolo 23 dell'antico codice di Procedura, e dalla legge publicata in Francia a'24 di agosto 1790. I limiti che la legge stessa pone alla giurisdizione de'giudici di pace dimostrano, essere stato loro data l'anzidetta cognizione, nel presupposito, che la quistione sia di mero fatto, e della portata d' un giudice rusticano. Che tal sia la natura della giurisdizioue de' giudici di pace, il dice il discorso col quale il signor Thouret presentò il progetto di legge intorno a' giudi-

(1) *Art.* 22 *n.* 3.

dicati di pace. » La competenza di questi giudici, » dice l'oratore, de' essere limitata alle cose di sem» plicissima convenzione, e di picciolissimo valore, » e alle cose di fatto, che non possono essere ret» tamente giudicate, se non dall' uomo de' campi, » il quale verifica sul luogo stesso il suggetto della » lite, e trova nella sua propria sperienza regole di » decidere più sicure di quelle che potrebbe sommi» nistrare la scienza delle forme e delle leggi.

Ora si domanda: il possessore d' una servitù discontinua acquistata prima della publicazione del codice civile può sperimentare innanzi al giudice di pace la querela del turbato possesso?

Il signor Henrion de Pansey, autore *della competenza de' giudici di pace* risponde negativamente per le seguenti ragioni:

» Il possesso dell' anno è il fondamento della que» rela del turbato possesso, siccome la manutenzio» ne nel possesso è l' unico suggetto di quest' azio» ne. Tutto quel ch' è avvenuto nel tempo antece» dente all' anno è straniero così al giudice, come » all' azione, che gli si presenta. Se egli se ne oc» cupa offende la natura dell' azione medesima. Ca» de egli in una contravvenzione anche più grave, » se pronunziando intorno al tempo precedente al-

» l' anno della turbazione giudichi che l' attore ave-
» va o non aveva il possesso della cosa litigiosa.
» In questo caso toccherebbe egli il fondo della
» controversia, e violerebbe per conseguente la leg-
» ge che vieta il conginngere il petitorio col posses-
» sorio.

» Non finisce quì la cosa. La legge vuole assolu-
» tamente, che quando si tratti di pronunziare in-
» torno ad una querela di turbato possesso, la pro-
» cedura sia sommaria, e spedito il giudizio. E chi
» potrebbe prevedere il termine dell' affare, se il
» giudice potesse autorizzare l' attore a pruovare es-
» sere egli stato nel possesso in un tempo che risa-
» lisse a trent' anni, o anche al di là?

» Ciò non ostante la legge che negli affari di que-
» sta specie esige una istruzione sommaria, non è un
» semplice regolamento di procedura, ma contiene
» una disposizione di grande importanza, la quale
» eminentemente interessa l' ordine publico. In pri-
» ma ogni via di fatto la quale turba un possesso
» pacifico e legale è un delitto di cui la pena non è
» mai abbastanza pronta ed immediata. In secondo
» luogo la proprietà d' un immobile può senza gra-
» ve inconveniente rimanere per un tempo più o
» meno lungo, incerta, e come ondeggiante tra due
» pri-

» privati; ma non è la stessa cosa del possesso,
» specialmente quando trattasi d' un fondo che pro-
» duce frutti annuali. Se nel tempo che resta insi-
» no alla nuova ricolta una sentenza non indichi
» colui che ne dee godere, sarà quella immancabil-
» mente l' epoca di risse e di vie di fatto, che po-
» trebbero produrre le più funeste conseguenze. A
» questi motivi fondati sulla lettera e sullo spirito
» delle leggi nella soggetta materia, si aggiugne un
» altro il quale nasce dalla natura de' tribunali ai
» quali è dato il giudicare delle azioni di turbato
» possesso.

» Prima della publicazione del codice civile non
» era caduto nel pensiero di alcuno che l' istruzione
» d' una azione di turbato possesso potesse esigere
» ricerche di fatti anteriori all' anno che preceduto
» avesse il turbamento. Tutti accordavansi nel cre-
» dere che bastasse il conoscere colui che aveva pos-
» seduto nel corso di quell' anno. Si diceva, nulla
» è più facile, che il pruovare i fatti notorj e re-
» centi, de' quali si tratta; tutti gli abitanti della
» contrada possono ugualmente deporne; cotesti te-
» stimonj sono tutti sotto le mani del giudice, ed
» egli stesso, di per se solo, e per la semplice ispe-
» zione de' luoghi può sovente prendere la conve-

 nien-

» niente determinazione. Appunto perchè tale era
» lo stato della nostra giurisprudenza, l' Assemblea
» costituente attribuì le querele di turbato possesso
» a' giudici di pace . . . . Adunque il sistema
» contrario alla nostra opinione rovescerebbe intera-
» mente le fondamenta del nostro ordine giudiziale.
» Imperciocchè in questo sistema la querela di turba-
» to possesso conterrebbe necessariamente due capi di
» conclusioni, e due articoli di dimanda. L'attore al-
» legherebbe in primo luogo aver posseduto per l'in-
» tero spazio dell' anno, che ha preceduto il turba-
» mento. Domanderebbe in secondo luogo poter
» pruovare, che al tempo della publicazione del co-
» dice il suo possesso era incominciato da più di
» trent' anni. Ma quest' epoca si allontana ogni gior-
» no da noi, mentrecchè il diritto rimane sempre
» lo stesso; e di qua a cinqnant' anni, del pari
» che oggi, colui il quale sarà turbato dall' esercizio
» d' una servitù discontinna potrà invocare il bene-
» fizio del suo antico possesso.

» Quanto difficile non sarà questa prnova! I te-
» stimonj, pochi necessariamente di numero, e mol-
» to avvanzati di età, faranno ordinariamente depo-
» sizioni insufficienti o equivoche. Per supplire a
» quelle, o per ispiegarle non si mancherà mai di
» ri-

» ricorrere da una parte e dall' altra a pruove di
» scritture, come per esempio sono i contratti di ven-
» dita, o gli atti di permuta e di divisione. Inoltre
» siccome il possesso anteriore al codice non può
» servire di fondamento alla querela della turbazio-
» ne, se non quando non sia stato interrotto, così
» avverrebbe spessissime volte che il reo convenuto op-
» porrebbe essere stato il possesso interrotto, sia per
» fatto, sia per diritto. Ed ecco la lite che si vor-
» rebbe presentare a' tribunali di pace, a tribunali
» unicamente istituiti per affari sommarj; a tribunali
» infine la competenza de' quali in materia reale è
» esclusivamente limitata ad azioni di possesso tur-
» bato, o sia a dimande subordinate a fatti recenti,
» notorj, e circoscritti nella stretta rivoluzione del-
» l' anno, e *che il giudice può sovente verificare*
» *per la semplice ispezione de' luoghi* (1).

Reassumendo questo lungo ragionamento due sono le ragioni, che a senso dell' autore, tolgono l' azione possessoria a coloro che hanno acquistato una servitù discontinua prima della publicezione del codice ci-

(1) *Henrion de Pensey De la competence des Juges de Paix Cap. XLIII §. VII.*

civile. La prima, che in questo caso il possessorio trovasi confuso col petitorio; la seconda che uscendo la controversia da' limiti del possessorio sommario, oltrepassa anche quelli della competenza del giudice di pace.

Quanto alla prima, non sappiamo per verità vedere, perchè il possessorio trovisi confuso col petitorio. La querela del turbato possesso costa di due fatti, del turbamento cioè, e del diritto antecedente. Di questi il primo può essere sempre colla stessa facilità dimostrato, o che sia recente, o che sia prossimo, o che sia rimoto il principio dal quale prende origine il possesso. Il fatto del turbamento non può restare impunito, e molto meno può essere dalla legge stessa autorizzato. Se le vie di fatto potrebbono divenire sorgente di risse e di maggiori delitti in un possesso di recente data, quanto maggiore non sarebbe questo pericolo nel caso del turbamento d'un possesso antichissimo, confermato da un' immemorabile prescrizione? Quanto gravi non potrebbono essere le conseguenze d'una legge che si rendesse complice delle private violenze? Il secondo dato, che entra nell' esame della querela, è il diritto antecedente all' anno, in cui il turbamento è intervenuto. Questa disamina de' essere sommaria nel pos-

ses-

sessorio, matura e piena nel petitorio. Nel primo stadio il giudice ne vede quella parte che può; nel secondo la discute ponendo in opera tutti i mezzi che la legge ha dato per lo scuoprimento della verità, e per la verificazione de' fatti antichi. Nè dal perchè il giudice del possessorio dee talvolta delibare il titolo, segue che si confonda il possessorio col petitorio. Lo stesso interviene nelle servitù discontinue acquistate per titolo. Il titolo è il fondamento dell'azione petitoria, e ciò non pertanto de' essere presentato innanzi al giudice del possessorio. Nè vale il dire che il giudice di pace altro non fa, che ordinare l'esecuzione di quello; perciocchè innumerevoli possono essere i casi ne' quali si discetti della validità o esistenza del titolo medesimo. Può questo essersi smarrito; può dubitarsi se un titolo sia *ricognitivo*, o pure *costitutivo* della servitù; se il titolo ricognitivo abbia i requisiti che esige l'articolo 695 del codice civile; può infine opporsi l'interruzione del possesso, sia per fatto, sia per diritto. Se in tutti questi casi la giurisprudenza francese non rifiuta la competenza al giudice di pace (1); perchè la rifiu-

 te-

(1) *V. sopra a pag.* 49. 50.

terebbe ne' casi medesimi ne' quali si allega come titolo il possesso?

Ma l'epoca della publicazione del Codice Civile, si allontana ogni giorno da noi, e la pruova del possesso antico giugnerà a tal punto, che diverrà non solamente difficile, ma impossibile. Questo tempo non è ancora giunto, replichiamo noi. Lasciamo il pensier dell' avvenire alla legge. La giurisprudenza spiega, e non emenda le leggi.

Circa la seconda ragione, cioè, che la controversia sia maggiore della capacità che la legge presuppone ne' giudici di pace; è manifesto essere questa un argomento desunto non dal senso dell' articolo 691, ma da una legge estranea. Di fatti se anche fosse vera l'incompetenza del giudice di pace, non nascerebbe da questo la conseguenza che debba essere negata l' azione possessoria a colui che legittimamente possedeva, e fu illegalmente sturbato dal suo possesso. Diverso è il dire, che il giudice competente nella querela del possesso turbato tra l' anno, no 'l sia per le controversie d' un possesso *plenario*; diverso l' affermare che non rimanga altro scampo al possessore turbato, se non il giudizio petitorio; il che vorrebbe dire, essere stati tutti i possessori spogliati dalle servitù discontinue, acqui-

state

state prima della publicazione delle nuove leggi. Noi non pensiamo che i giudici di pace sieno incompetenti, perchè la quistione del possesso antico esce dal circolo dell'anno, nel quale la legge ha inteso restrignere la di loro giurisdizione. Cotesta restrizione è relativa all'interruzione del possesso e non a' requisiti del possesso medesimo. Molto meno potrebbesi ammettere come regola della competenza de' giudici un grado di capacità relativa a tale, e non a tale altra controversia. Ma se questo argomento fosse vero, dovremmo trovare in un altro giudice la competenza del possessorio, piuttosto che supporre cancellato questo rimedio dal catalogo delle azioni legittime; che è quel che esige una particolare dimostrazione.

V.

L'azione possessoria non può essere negata innanzi a' tribunali civili.

Nel nuovo diritto non sono stati ricevuti tutti gl' *interdetti* delle leggi romane, ma ve n'ha sicuramente due, che sono da quelle ricavati e vanno nelle leggi francesi sotto i nomi di *complainte* e di *reintegran-*

de. Esse corrispondono perfettamente a' due interdetti *uti possidetis*, e *unde vi*. Per lo primo di questi due rimedj si domanda la *manutenzione*, per lo secondo la restituzione del possesso (1). Gli effetti di queste azioni non possono essere dimezzati, nè la legge può senza nota di contraddizione riconoscere il possesso, e negargli nello stesso tempo i mezzi legittimi per conservarlo. Laonde se la querela del turbato possesso d' una servitù discontinua, acquistata prima della pubblicazione del codice civile, non fosse della competenza de' giudici di circondario, ricaderebbe nella giurisdizione dei tribunali civili, i quali dovrebbero giudicar di quella, come d' ogni altra azione possessoria. Questa conclusione è manifesta, e non potrebb' essere rivocata in dubbio, se non quando si dimostrasse che le nuove leggi non hanno servata la distinzione tra i giudizj *possessorj* e *petitorj*, il che non è, pe' seguenti argomenti.

1. Il diritto civile dà al possesso effetti particolari e determinati, i quali sono indipendenti dalla cau-

(1) *V. Merlin Repert. de Jurisprud. Articles Complainte et Reintegrande.*

causa del titolo, o del dominio; sì che il possesso è una proprietà di per se, che si può difendere, e dimandare in giudizio. Ora il giudizio che può farsi circa il possesso, sia per dimostrarlo legittimo, sia per farlo valere come presunzione del titolo, sia per raccogliere i frutti della cosa posseduta, è appunto quello che dicesi possessorio, e che non pregiudica all'azione principale, la quale ha per iscopo il difendere o il rivendicare la cosa istessa. La distinzione dunque tra possessorio e petitorio nasce da'principj cardinali del diritto civile, e della natura stessa della proprietà (1).

2. La differenza tra giudizio possessorio e petitorio è additato da quella medesima distinzione che fa la legge tra la presunzione del possesso legittimo, e la pruova contraria del fatto, che è data a colui il quale nega o impugna il possesso (2).

3. La stessa differenza è implicita nella distinzione tra'giudizj definitivi, e i provvisionali. Gli scrittori della Procedura francese noverano l'azione possessoria come uno de' casi ne' quali de' il giudice

 pro-

(1) *Art.* 2134 *e seg. del cod. civ.*
(2) *Art.* 2140 *del cod. civ.*

pronunziare prima del definitivo. Il Sig. Pigeau enumerando questi casi dice: *Il terzo caso è, quando una delle parti è in possesso della cosa dimandata. Questo possesso è, come il titolo, una presunzione in favor di colui che l'ha; e però se le lascia il possesso per provisione* (1). La legge ha dichiarato sommarj siffatti giudizj, ed ha stabilito una forma breve e compendiosa, onde durante il giudizio non sia mutato lo stato de' diritti delle parti (2).

In somma la distinzione tra 'l possessorio ed il petitorio è necessaria alla conservazione delle proprietà, ed è uno di que' principj comuni ad ogni sistema di leggi, quali si sieno i vocaboli co' quali è espressa. Sta dunque oggi, come per l'addietro la massima: *Separata debet esse possessio a proprietate*. Se così è, ogni azione possessoria è della competenza di quel giudice, cui appartiene la cognizione dal petitorio. Ora presupponendo che l'art. 22 della legge de' 29 di Maggio 1817, e l'articolo 103 del

(1) *Pigeau Lib. II. Part. III. Tit. III. Cap. I. Tit. III.*

(2) *Art. 497 del Cod. di Proced.*

del codice di procedura dovessero essere interpretati per modo, che la querela del possesso turbato nell' anno cessasse di essere della competenza de' giudici di circondario quando il possesso nasca da prescrizione già compiuta prima della publicazione del codice civile, la conseguenza di tale interpretazione sarebbe, che di quest' azione possessoria fossero competenti i tribunali civili, o sieno i giudici stessi del petitorio. Laonde quel Tribunal civile il quale dall' anzidetta premessa ha ricavato la conseguenza che al possessore turbato rimane il solo rimedio del petitorio; ha violato non solamente i due articoli di sopra citati, ma anche le leggi della propria competenza, che sono racchiuse nell' articolo 151 dello stesso codice di procedura.

VI.

Giurisprudenza de' nostri tribunali.

I nostri tribunali, tranne il tribunal civile di Trani, hanno nella presente materia ragionato da giureconsulti, mentrecchè i francesi han preso la divisa di legislatori. Gli uni hanno voluto eseguire la legge, gli altri hanno inteso emendarla. Ciò apparirà mani-

festo dalla comparazione de' seguenti esempj di cose giudicate.

1. Nel mese di luglio dello scorso anno 1821 il signor Giuseppe Buondonno si dolse innanzi al giudice regio di Grignano essere stato turbato dal signor Sebastiano Buondonno dall' immemorabile possesso d' una servitù di passaggio per lo fondo di costui, sito nella contrada detta Petrulluno. Gli atti di turbazione furono l' aver tagliato il passaggio nel limite del fondo dominante, e l' aver costrutto un cancello nell' ingresso del fondo serviente.

Il reo convenuto negò in fatto il turbamento, sostenne non essere il possesso sufficiente a stabilire una servitù discontinua, per la quale la legge esige un titolo, ed in fine oppose per questo medesimo motivo l' incompetenza del regio giudice. Il giudice ammise le parti alle pruove per testimonj, da' quali essendosi ricavato essere stato l'attore nell' immemorabile possesso della servitù, ed essere stato questo interrotto nel corso dell' anno, per le nuove opere costrutte, con sentenza de' 9 di settembre 1821 restituì l' attore nel possesso, dal quale era stato turbato. Di tal sentenza essendosi appellato, il tribunal civile di Napoli con sentenza

de' 20

de' 20 di novembre dello stesso anno ragionò e decise nel modo che segue

» Considerando che sono mal fondati i motivi dell'ap-
» pello prodotto da D. Sebastiano Buondonno, affine
» d'arrestare la sentenza resa dal giudice del circonda-
» rio di Gragnano a'9 settembre corrente anno, colla
» quale gli fu ingiunto di non turbare D. Giuseppe
» Buondonno dal possesso di passaggio pel di lui terri-
» torio ed intromettersi nel proprio dandogli l'ingres-
» so pel cancello da pochi mesi piantato, conse-
» guando ad esso una chiave; considerando che dal-
» le deposizioni de' testimonj esaminati avanti quel
» giudice, per parte del detto D. Giuseppe, rima-
» se pruovato, essere il medesimo nel possesso di
» passare pel territorio di D. Sebastiano; anzi uno
» de' testimonj esaminati a nome dello stesso D. Se-
» bastiano depose, che avendo circa un anno ad-
» dietro voluto D. Sebastiano impedire a D. Giu-
» seppe il passaggio, costui fu astretto adire il ma-
» gistrato, e passarvi per ordine del medesimo . .
» . . . . il tribunale dichiara essersi ben giudicato
» colla suddetta sentenza de' 9 settembre corrente
» anno, e male appellato da parte di D. Sebastia-
» no Buondonno. »

2. Nel 1814 Pasquale Galdieri di Carpineto introdusse un' azione petitoria di servitù di passaggio per le sue vie *vicinali* denominate *Majorino* e *Capo di Giuliano*, innanzi al tribunal civile di Salerno. Nello stesso anno, mentrecchè pendeva il giudizio petitorio Galdieri domandò al giudice di pace di Sanseverino la verificazione di alcuni impedimenti messi da'fratelli Majorini al suo passaggio per le medesime strade vicinali. Nel 1815 fu ripetuta la stessa dimanda di verificazione. Entrambi questi atti furono ridotti in iscritto con due processi verbali dello stesso giudice. Nello stesso anno Galdieri si valse di questa pruova di fatto innanzi al tribunal civile di Salerno per essere mantenuto nel possesso del passaggio per la strada vicinale in contesa. Il tribunale dopo avere ammesso le parti alle pruove di testimonj, ordinò un accesso sopra luogo, onde osservare dove principiasse e finisse la strada che dicevasi distrutta. Di tal sentenza appellarono i Majorini nella G. C. Civile di Napoli pe' seguenti motivi: 1. perchè erasi ammesso Galdieri a pruovare una servitù discontinua, mentrecchè era sfornito di titolo e di possesso; 2. perchè la pruova non era concludente, giacchè mancava ogni principio di pruova scritta, e non erasi dimostrato avere il Galdieri acquistato il possesso prima del-

della publicazione del Codice Civile ; 3. perchè come nulli ed illegali dovevano essere riguardati i processi verbali del giudice di pace di Sanseverino. La G. C. con decisione de' 23 di aprile 1819, decise nel modo che segue :

» Attesocchè perniciosa cosa sarebbe il tollerarsi » che taluno *judicii mutandi caussa*, di proprio » capriccio alteri lo stato delle cose per attraversare » la ragione del suo competitore, ed alla specie non » si dubita, che una lite si era introdotta da D. Pa» squale Galdieri, per essere conservato nel diritto » di passare per una via, che intersecava il territo» rio di Majorini. Or pendente questo giudizio i Ma« jorini distrussero la via, e procurarono di farne » smarrire le tracce, anche con isvellere le siepi » che la fiancheggiavano. Due verbali formati dal » regio giudice del circondario assicurano questo at» tentato, e novità criminosa, la quale presa nel » suo vero senso dimostra il possesso, in cui era » Galdieri, che si procurò per via indiretta para» lizzare ;

» Attesocchè il tribunale civile offrì le pruove ai » contendenti, e dal detto de'testimonj risulta l'esi» stenza della via, e la sua distruzione pendente il » giudizio. Sarebbe quindi inutil cosa la perizia,

 » che

» che seguentemente lo stesso tribunale ordinò; ed
» infatti amendue i contendenti se ne sono doluti
» co' rispettivi gravami. Si è dunque al caso di de-
» cidere sul merito, ed in tale posizione concorre
» a favor di Galdieri la buona fede, il lungo uso
» che induce anche la prescrizione, che incomincia-
» ta sotto le abolite leggi colle regole delle stesse
» dee decidersi adesso;

» Per tali motivi la G. C. Civile pronunziando
» definitivamente tanto sull' appello principale pro-
» dotto da D. Ignazio, D. Luigi, D. Giuseppe Ma-
» jorini, e D. Giuditta Pironti, come madre e tu-
» trice del suo figlio minore D. Francesco Majorini,
» come sull' incidente allegato alla sentenza del tri-
» bunal civile di Salerno de' 13 di Ottobre 1818,
» ammette ambedue gli appelli, e rivoca quindi la
» sentenza medesima, e facendo ciò che avrebbero
» dovuto fare i primi giudici ordina, che a tutte
» spese di essi fratelli Majorini si rimetta la via di
» cui si tratta nello stesso stato nel quale era prima
» de' due verbali fatti dall' abolito giudice di pace
» di S. Severino de' 9 Dicembre 1814 e di 25 No-
» vembre 1815, della quale via sia permesso al sig.
» Galdieri usare, per portarsi al suo fondo, come
» per lo passato, senza il menomo impedimento.

Co-

Cotesta decisione fu denunziata alla Corte suprema di giustizia da' fratelli Majorini ed impugnata pe' seguenti motivi:

1. perchè il giudice di pace non aveva facoltà di fare i due verbali, che attestarono la novità:

2. perchè dicevasi violato l'articolo 1341 del codice civile, essendo stata ammessa la pruova di testimonj:

3. perchè dicevasi violato l'articolo 691 del codice civile, dapoichè mancava il titolo costitutivo della servitù:

4. perchè avendo Galdieri introdotto da prima il giudizio petitorio, aveva dimostrato non essere in possesso, e però eransi violati così gli articoli 695 e 1162 del codice civile, come la legge 39 *D. de pactis*, e le leggi 172 e 205 *de Reg. jur.*

La corte suprema a' 22 di gennaio dell'anno 1820, facendo ragione alle conclusioni del publico ministero decise:

» Attesocchè le due considerazioni dalla G. C. Ci-
» vile adottate, sono ben fondate nel diritto e nel
» fatto. Si assume che non sia lecito a' litiganti,
» pendente la lite, alterare lo stato delle cose, per
» nuocere agli altri collitiganti, e qualora ciò si fac-
» cia deve il giudice rimettere l'innovato allo stato

» primiero. Tanto è accaduto nel presente rincontro.
» Costa da' due verbali del giudice del circondario
» di Sanseverino di essersi da' Majorini devastata la
» strada in controversia, pendente il giudizio su
» di essa nel tribunal civile di Salerno. E quel
» ch'è più la stessa devastazione si rileva dalle
» pruove testimoniali fatte per parte dello stesso Gal-
» dieri;

» Considerando che la decisione in controversia
» non solo poggia su gli accennati due verbali e
» pruove testimoniali emesse, ma poggia ancora so-
» pra un titolo lampante della compra del fondo
» dominante e via Majorini, che ne fece D. Bar-
» tolomeo Galdieri, zio di esso D. Pasquale nell'an-
» no 1737, con averne pagato il prezzo;

» Considerando che alla decisione non sia d'osta-
» colo l'articolo 1340 del codice provvisionale. Co-
» testo articolo sebbene non ammetta pruova testi-
» moniale quantevolte il valsente della causa ecceda
» i 150 franchi, pure ciò ha luogo nel credito e de-
» bito, ove può aversi la pruova scritturale. Non
» ha però mai luogo trattandosi di un attentato, di
» un dissertamento, d'una distruzione di strade, e
» d'un delitto o quasi delitto. In questi casi la
» pruova testimoniale deve di necessità ammettersi,
» e la

» e la legge espressamente la ricerca (art. 1348 del
» cod. civ.) ;

» Considerando che molto meno ostano gli arti-
» coli 691 e 695. È in essi prescritto che per le
» servitù discontinue, e per le continue non appa-
» renti è ricercato un titolo, o almeno un atto di
» ricognizione delle servitù istesse, fatto dal padro-
» ne del fondo serviente. Tuttociò si richiede dalla
» publicazione della legge in qua, ma non si può
» pretendere che ciò abbia luogo per lo passato. E
» pure se avesse dovuto la causa presente decidersi
» colle leggi in provisoria osservanza, vi sarebbe,
» come si è accennato, l'istrumento di compra e ven-
» dita del 1737, vale a dire un titolo assai chiaro
» e lampante;

» Considerando che non sia di ostacolo l'art. 1162,
» le leggi 20 e 178 *D. de reg. jur.* e la legge 30 *D.*
» *de pact.*, dalle quali è stato tratto l' articolo men-
» tovato. Quivi si stabilisce che nel dubbio deve
» favorirsi il reo. Ma dov' è quì il dubbio? La pre-
» sente causa è garantita du un titolo, dal possesso,
» e dalla stessa distruzione della strada fatta da' Ma-
» jorini, pendente la lite, *judicii mutandi causa*,
» con manifesto dolo, evidente delitto, e temerario
» attentato.

» Per

» Per siffate considerazioni rigetta il ricorso.

Notiamo per incidente che questa causa diede per l'appunto l'esempio di quel che possono le vie di fatto, non prevedute dalla legge; perciocchè in mezzo al corso del giudizio civile il passaggio per le strade in controversia fu cagione della morte violenta d'uno degl'interessati (1). Ma senza fermarci a fatti estranei, la conseguenza che vogliamo ricavare dalle concordi decisioni pronunziate nella causa Galdieri e Majorini, è che la Corte Suprema, del pari che gli altri tribunali hanno riconosciuto come incontrastabili le due massime seguenti:

1. Per le servitù discontinue acquistate prima della publicazione del codice civile, compete allo sturbato possessore l'azione *possessoria*:

2. In quest'azione, risguardata come incidente del giudizio petitorio, sono competenti i tribunali civili, quando tali non sieno i regj giudici di circondario.

VII.

(1) *V. sopra a pag.* 58.

VII.

Applicazione delle cose sin qua dette alla causa presente.

I fratelli Spagnoletti erano già prima della publicazione del codice civile nel quasi possesso d' una servitù di strada, rotabile e permanente per lo bosco Petrone, di proprietà de' signori Rougon e Guisen, e da costoro poi venduto al sig. Vito Niccola Porro di Andria. Per effetto di tal diritto erano nell' immemorabile possesso di passare essi, e fare passare per la suddetta strada animali da soma, carri e vetture. Il possesso era sì antico e costante, che da moltissimi anni innante alla publicazione dello stesso codice civile avevano costrutto un grande edifizio d' una *Panetteria* per uso de' coloni i quali passano dal fondo dominante detto *Trojanello* al fondo serviente *Petrone*. Nel 1816 il canonico Pastina, procuratore di Rougon e Guisen si avvisò di porre un impedimento al passaggio de' signori Spagnoletti. Costoro domandarono al giudice di pace di quel tempo la rimozione dell' ostacolo, e la manutenzione nel possesso della servitù. Il giudice, verificato l'imme-

memorabile possesso, ch' era anche attestato dall'edifizio, costrutto unicamente per l'occasione del passaggio, ed il turbamento intervenuto tra l'anno, ordinò a'31 di ottobre del 1816 che i fratelli Spagnoletti fossero reintegrati nel possesso. Cotesta sentenza passò in cosa giudicata. Rougon e Guisen venderono il fondo Petroue a Porro con tutte le servitù attive e passive. Una tale clausola, per ciò che risguarda le servitù passive non si può riferire ad altra servitù, se non a quella costituita in favor di Spagnoletti. Meditando il sig. Porro nuovi impedimenti, i signori Spagnoletti intimarono la citata sentenza de' 31 di ottobre 1816, sì a lui, che al suo custode.

Ciò non pertanto Porro ha fatto rompere la strada e dissodare la terra, onde impedire il passaggio. I fratelli Spagnoletti hanno riprodotto innanzi al Giudice Regio d' Andria, la sentenza de' 31 di ottobre 1816, i processi verbali di verificazione, e le pruove in quell' occasione fatte. Il giudice a' 31 di luglio 1821, dopo avere verificato il nuovo turbamento ha ordinato che ogn' innovazione si riducesse al primiero stato, e che Porro non impedisse a Spagnoletti il passaggio per l' anzidetta strada. Avendo di questa sentenza appellato il sig. Porro, il Tribunale civi-

civile ha annullato il possesso de' signori Spagnoletti, ed ha dichiarato non appartenere loro altr'azione, se non la *petitoria* (1).

Da tutte le cose di sopra dette risulta, che se la servitù di strada rotabile, della quale sono in possesso i fratelli Spagnoletti, potesse essere definita come una servitù discontinua, non apparente, e se il giudicato pronunziato nel possessorio contro all'autore di Porro, non facesse stato anche contro a costui, il Tribunal di Trani ha violato l'articolo 612 delle nostre presenti leggi civili, avendo esteso la regola, stabilita per le nuove servitù discontinue, a quelle già acquistate nel tempo delle leggi precedenti. Oltre a questa violazione, avendo lo stesso tribunale negato l'azione possessoria ha infranto la massima conservatrice della giustizia civile, che vieta a chiunque il distruggere colla forza privata un diritto acquistato coll'autorità della legge. Questa perniziosa giurisprudenza spoglierebbe del possesso tutti coloro che al tempo della publicazione delle nuove leggi avevano già acquistate servitù discontinue

(1) *Vedi le narrative della sentenza di sopra, a pag. 4 e seg.*

nue per la prescrizione. Dell' azione possessoria de'essere competente o il giudice regio del circondario, o il tribunale ordinario. Sicchè la sentenza del tribunale di Trani per una necessità inevitabile inciampa in uno de' due seguenti scogli. O ha violato l'articolo 22 della legge *organica* de' 29 di maggio 1817 e l'articolo 103 del codice di procedura, per aver negato a' giudici di circondario la competenza dell' azione possessoria, o ha violato gli articoli 151 e 431 dello stesso codice di procedura togliendo la competenza della stessa azione a' tribunali civili, nella giurisdizione de' quali ricade tutto quello che oltrepassa i limiti delle inferiori potestà. Noi crediamo esser vera la prima violazione; ma se questa si negasse, non può non esser vera la seconda. Se è vero che il possesso è una proprietà di per se, che giusta la sentenza della legge, *nil commune habet proprietas cum possessione* (1), e che ogni diritto produce un'azione (2), è manifesto l' errore di quella sentenza, che dichiara essere un caso nel quale non si trovi il giudice, che possa conoscere dello spogliamento, o della perdita d' un tal diritto.

PAR-

(1) *L. 12 D. de acq. posses.*

(2) *L. 9 D. de reb. cred.*

PARTE SECONDA.

L' azione possessoria è guarentita da un giudicato.

I.

Il giudicato nel possessorio non può essere rivocato se non mutata la causa per la quale fu pronunziato.

Continuiamo ancora per poco a riguardare come discontinua la servitù, della quale è contesa. Una sentenza pronunziata dal giudice di pace d'Andria nel 1816 mantenne nel possesso i fratelli Spagnoletti. Fu allora verificato essere questa una servitù acquistata da tempo immemorabile, prima della pubblicazione del codice civile, ed essere il turbamento intervenuto nel corso dell' ultimo anno. Può cotesta sentenza essere rivocata ad occasione d'ogni nuovo turbamento che piaccia di fare al padrone del fondo serviente? Noi pensiamo che non potrebbe mai cessare la forza di quel giudicato, se non in due casi soli; o quando sopraggiugnesse una nuova causa di azione, o quando volesse opporsi a terze persone estranee a quel primo giudizio.

Parlando per ora del primo caso rammentiamo i re-

requisiti della cosa giudicata: *idem corpus, quantitas eadem, eadem caussa petendi, et eadem conditio personarum* (1). Sono questi gli stessi requisiti dell'articolo 1305 del nostro codice civile. Laonde non è dubbio, che una sentenza pronunziata nel possessorio, per la stessa servitù, tra'l possessore di quella ed il padrone del fondo serviente unisca in se tutti gli anzidetti requisiti.

Ma le sentenze nel possessorio, dicesi dal Tribunal di Trani, sono di loro natura rivocabili (2). Rivocabili sono nel petitorio, o anche in un secondo giudizio possessorio, se è stata mutata la causa del possesso, perchè nell' uno e nell'altro caso, *diversa est causa petendi*. Questa diversità nasce dalla differenza delle due azioni, delle quali una è personale, l'altra reale. Personale è quella dell' interdetto possessorio; reale è l' azione che concerne il titolo della servitù.

Or gli effetti del giudicato ottenuto nella prima azione non possono essere riferiti se non alla causa per la quale l' obbligazione personale era stata contratta: *Actiones in personam ab actionibus in rem hoc*

(1) *L.* 14 *D. de except. rei jud.*

(2) *V. sopra a pag.* 10.

hoc differunt; quod quum eadem res ab eodem mihi ex pluribus caussis debetur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at quum in rem ago non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causae apprehenduntur (1).

Da questa stessa disposizione del diritto discende l'altra conseguenza, che se dopo il giudicato pronunziato nel possessorio, colui che possedeva avesse perduto il possesso, o lo avesse guadagnato colui che prima non lo avea, una nuova causa ha prodotto una novella obligazione: *Acquisitum postea dominium, aliam causam facit: mutata opinio petitoris non facit; nam qualecumque et undecumque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit* (2).

Quel che la legge dice del dominio de' intendersi detto anche del possesso, giusta l'avvertenza de'comentatori (3). Ora questo caso si sarebbe verificato, se

(1) *L.* 14 §. 2 *D. de except. rei jud.*
(2) *L.* 11 §. 5 *D. de except. rei jud.*
(3) *Idem dic de acquisita postea possessione ab adversario, qui ideo absolutus est quod tunc non possideret.* Pothier alla citata legge.

se interrotto per esempio il possesso de' fratelli Spagnoletti per un tempo maggiore dell' anno, il di loro competitore Porro avesse potuto allegare una nuova causa di possesso, che prima non aveva.

Ma se da questi casi in fuori non poteva il giudicato, ottenuto nell' anno 1816 da'fratelli Spagnoletti, perdere il suo effetto, è manifesto che il Tribunal di Trani ha violato l'art. 1305 del codice civile, allorchè ha detto essere quel giudicato rivocabile ad ogni volontà del padrone del fondo serviente, come se le turbazioni del possesso potessero essere impunemente ripetute, e gli effetti delle cose giudicate non potessero giammai divenire definitivi.

II.

Il giudicato pronunziato contra Rougon de' aversi come pronunziato contra Porro.

Per due ragioni il tribunale di Trani ha detto, non essere applicabile a Porro il giudicato e la perizia del 1816; una è, che quegli atti passarono tra diverse persone, l'altra che non costa essere stato il Canonico Pastina legittimo procuratore del sig. Rougon, allora padrone del bosco *Petrone*. Entrambe queste ragioni sono contrarie al diritto. In

In primo luogo il sig. Porro non è diverso dal suo autore Rougon: *Julianus scribit: exceptionem rei judicatae a persona auctoris ad emptorem transire solere; retro autem ab emptore ad auctorem reverti non debere* (1).

Ora questa regola è stata dalla legge stessa applicata alla materia delle servitù, e propriamente di quelle di passaggio: *Si, quum a me recte via utebaris, fundum vendidero per quem utebaris; deinde emptor te prohibuit; licet clam videaris ab eo uti (nam qui prohibitus utitur, clam utitur) tamen interdictum tibi competere intra annum* (2).

In secondo luogo il giudicato profferito contro al procuratore di Rougon si ha come pronunziato contro al suo principale: *hoc jure utimur ut ex parte actoris in exceptione rei judicatae, hae personae continerentur, quae rem in judicium deducunt, procurator cui mandatum est, tutor, curator, actor municipum; ex persona rei, etiam defensor* (3).

Adunque avendo fatto il sig. Rougon, nel giudizio del 1816, la figura di reo convenuto, imperciocc-

(1) *L.* 9 §. 2 *D. de except. rei jud.*
(2) *L.* 11 §. 7. *D. de except. rei jud.*
(3) *L.* 3 *D. de itin. act. priv.*

ciocchè furono i fratelli Spagnoletti attori *in actione confessoria*, fu legittimamente rappresentato dal Canonico Pastina, comechè questi non avesse avuto di lui mandato.

Ma altre ragioni di legge ricavate dalla natura delle servitù rendono legittimo il giudizio fatto coll'autore del turbamento, sia o no dimostrata in costui la qualità di procuratore del padrone del fondo serviente.

Le servitù si acquistano a rispetto del fondo e non della persona, il perchè il padrone del fondo dominante prescrive il suo diritto, comechè ignori il vero possessore del fondo serviente: *Is cujus colonus, aut hospes, aut quis alius iter ad fundum fecit; usus videtur itinere, vel actu, vel via; et idcirco interdictum habebit. Et haec ita Pedius scribit. Et adjicit; etiamsi ignoravit cujus fundus esset per quem iret, retinere cum servitutem* (1). Cotesta sentenza è un corollario di quella massima di legge: *uti videmur servitutibus etiam per servos, vel colonos, vel amicos, vel etiam hospites, et fere per eos omnes qui nobis retinent servitutes* (2). Ora

(1) *L.* 1 §. 7 *D. de itin. actuq. priv.*
(2) *L.* 3 *D. de itin. act. priv.*

Ora se la servitù si prescrive contro al fondo, e non alla persona, è parimenti una conseguenza necessaria di tal principio, che la sentenza pronunziata contro a colui che rappresenta il padrone del fondo serviente de' aversi come pronunziata contro al padrone stesso. Inoltre nel caso del turbamento il benefizio dell'interdetto è dato direttamentre contro all' autore del fatto illecito, che vuolsi emendare: *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit . . . . . de eo quod ad eum qui vi dejecit pervenerit, judicium dabo* (1). Infatti sarebbe assurdo, che l' azione nata da un delitto dovesse sperimentarsi contro ad una persona diversa dall'autore del delitto stesso; e che il fatto di costui potesse giovare e non nuocere a colui, in grazia del quale è stato commesso.

Tutte le ragioni dunque addotte dal tribunal di Trani per torre di mezzo il titolo legittimo del possesso, che vantano i fratelli Spagnoletti, meritano la riprovazione della Corte Suprema. Del possesso fu solennemente giudicato in contraddizione di Rougon autore di Porro; sicchè se anche si ammettesse l'ipo-

(1) *L.* 1 *D. de vi.*

l' ipotesi del Signor Porro, che le servitù discontinue abbiano perduto l'azione possessoria per la pubblicazione del Codice civile, i fratelli Spagnoletti si troverebbono nel caso della regola e non dell' eccezione. La di loro presente posizione è, come se il possesso fosse dimostrato per un titolo autentico, antecedente alla pubblicazione delle nuove leggi. Nè si potrebbe assumere, che essendo nullo il giudizio fatto col Signor Rougon, non possono di quello giovarsi i fratelli Spagnoletti, dapoichè se erronea fosse stata l' interpretazione data nel 1816 all' articolo 691 del Codice civile, potrebbe esser la sentenza del giudice di pace di Andria annullata nell' interesse della legge e non delle parti. Si presupponga infatti che il Signor Rougon non avesse venduto il bosco *Petrone*, e che il presente giudizio si agitasse con lui stesso, e non col suo successore, potrebb' egli rivocare, senza una nuova causa quel possesso, che ha già riconosciuto? Se non potrebbe pretenderlo Rougon, neppure il può il sig. Porro, che fu allora inteso nella persona del suo autore, ed è tenuto negli effetti di quella sentenza.

PAR-

PARTE TERZA.

La servitù di strada è continua ed apparente.

I.

Differenze tra'l passaggio e la strada.

Sin qua abbiamo esaminato la controversia, come se trattato si fosse d'un diritto di passaggio, cioè come il tribunal di Trani ha risguardato la servitù di cui erano in possesso i fratelli Spagnoletti. Ma può dirsi di semplice passaggio quella servitù, che dà il diritto di transire pel fondo altrui non solamente a piedi e a cavallo, ma anche con animali da soma e con vetture? Può aversi come invisibile e facoltativo un dritto di passaggio, che esercitato da tempo immemorabile ha di se impresso, tracce indelibili nel suolo stesso nel quale la servitù è costituita? La terra renduta salda e tolta all'aratro per comodo del fondo dominante; i solchi delle ruote divenuti permanenti; un grande edifizio fabbricato e destinato pel solo uso della servitù, non sono forse segni abbastanza si-

sicuri per dimostrare che il suolo della strada abbia cangiato natura, e sia stato perpetuamente risecato dal fondo, di cui prima faceva parte?

Per diritto antico il passaggio differenziavasi dalla strada per tanti gradi, quanti erano i diritti che il padrone del fondo dominante poteva esercitare sul fondo serviente. Le servitù dette, *itineris*, *actus*, *semitae*, *viae* erano tra loro diverse appunto per la differenza del modo, col quale erano esercitate: *Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi*:

Actus est jus agendi vel jumentum, vel vehiculum:

Via est jus eundi, et agendi, et ambulandi. Nam et iter et actum in se via continet (1),

Via est, sive semita, sive iter (2).

Ora ciascuna di queste differenze nasceva dall' uso e dal possesso per modo che dalla minima servitù potevasi passare alla massima, se ciò non fosse intervenuto per abuso, ma per quella stessa convenzione espressa o presunta, che formato aveva il titolo costi-

(1) *L.* 1 *D. de servit. praed. rustic.*
(2) *L.* 157 *D. de verb. sign.*

stitutivo della primiera servitù (1). In somma il lungo uso e la consuetudine de' vicini poteva mutare il suolo coltivato in una via privata, e la via privata in publica: *Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non extat publicarum viarum numero sunt* (2).

Ora sarebbe assurdo il credere che le leggi nuove avessero inteso distruggere tutte le anzidette differenze, confondendo insieme i diritti maggiori e i minori, e comprendendo tutte le specie in un genere composto di parti dissimili e diverse. Le leggi nuove avrebbono in questo caso non solamente *retroagito*, ma errato altresì nel senso e nella definizione de' vocaboli, il che sarebbe ingiurioso alla sapienza de' loro autori, e contrario a' pregi che abbiamo in loro sinora ammirato. Ma è superfluo ricavare per argomenti quello che dalle stesse leggi è stato preveduto ed espresso.

II.

(1) *L.* 20 §. 5 *Quemadm. serv. amit.*
(2) *L.* 3 *D. de loc. et itin. publ.*

II.

Le leggi nuove hanno servato intatte le differenze del diritto antico.

Abbiamo già di sopra dimostrato che la continuità e l'apparenza sono due caratteri estrinseci, i quali possono trovarsi e non trovarsi nelle medesime specie di servitù; per modo che l'esercizio continuo per potenza e non per atto, e le opere esteriori, come la porta, la finestra, e l'aquidotto possono rendere continua ed apparente quella servitù, che senza di loro resterebbe nella classe delle discontinue e non apparenti (1). Ora questa appunto è la differenza tra un diritto di passaggio ed una strada. La facoltà di passare per lo fondo altrui, è un fatto libero, e volontario che non lascia di se alcuna traccia, e però entra nella classe di quelle servitù ch'esigono il fatto attuale dell'uomo per essere esercitate. Ma se il passaggio è dato non solamente all'uomo a piedi, ma anche agli animali ed alle vetture, e se il transito continuo degli animali e delle vetture abbia mu-

(1) *V. sopra a pag.* 24.

mutato la superficie del suolo, e di terra coltivabile l'abbiano cangiato in una strada; se le tracce delle ruote dimostrino il corso stabile di questa strada dal principio insino al termine suo; se finalmente la servitù è additata da un' opera esteriore, qual è un edifizio che non può servire ad altro uso fuorchè a quello degli uomini e degli animali addetti alla coltura del fondo dominante, tutti questi segni esterni equivalenti ad un cancello, ad una porta, o ad una finestra, fanno del passaggio una servitù non solo apparente ma continua, dapoichè la continuità risulta egualmente e dall' atto, e dalla potenza. In conferma di che giova allegare l' opinione degli antichi espositori della materia delle servitù, da' quali è stata ricavata la distinzione fatta dalle leggi francesi. Bartolommeo Cipolla, rinomato autore del trattato delle servitù, aveva già definito allo stesso modo la causa continua delle servitù: *Quasi continuam, seu quasi perpetuam causam dicitur illa servitus habere, quae perpetuo, seu continuo potentialiter, sed non actualiter est in usu, licet non exerceatur semper: tamen est apta semper exerceri sine facto hominis* (1).

Di-

(1) *Tract.* 1 *de servit. cap.* 19 *n.* 2.

Difatti si presupponga il caso di argini, o di mura, o di ponti fatti nella strada di passaggio, si potrà dire che la servitù non sia continua, se continuo è l'impedimento posto all'uso del fondo serviente?

Una tale quistione non è sfuggita a'chiarissimi autori delle Pandette Francesi, i quali dopo avere dimostrato che la servitù di passaggio è di sua natura discontinua, ed apparente propongono alla regola generale la seguente eccezione:

» Ma se caratteristici indizj dimostrano da un la-
» to il diritto, dall' altro la suggezione; se io ho
» costruito un sentiere, se lo fo riparare, come po-
» trà arguirsi che io non potrò prescrivere, e che il
» mio possesso accompagnato da simili caratteristiche
» marche, non potrà far mai supporre il titolo che
» frattanto indica in un modo sì energico e così po-
» co dubbioso?

» Pare che il tribunale di appello di Grenoble fac-
» cia su quest' oggetto un'osservazione che sommini-
» stra il motivo per decidersi.

Se il proprietario del fondo dominante, dice cotesto tribunale, *fa lavori su questo passaggio*, *se ne fa su d'un cammino per sopprimerne il fango o altri disagi*, *se vi fa trasportar sabbia*, *o*

vi

vi fa altri lavori decisivamente durevoli ed apparenti, questo passaggio, o questo cammino saranno servitù continua o discontinua, apparente o non apparente? E per riguardo all' attignimento dell' acqua, soggiugne il medesimo, *se non se ne può far uso, senza un sentiere o cammino che sia battuto o riparato con lavori ben apparenti fatti da mano d' uomo, questo attignimento sarà una servitù continua o discontinua, apparente o non apparente?*

» Noi in questo caso siamo di sentimento che la » servitù debba essere riguardata come continua ed » apparente; perchè il cammino e le opere sussi» stenti attestano in ogn' istante l' esistenza della ser» vitù.

» Nondimeno bisogna convenire che il tribunale » di Grenoble, dopo aver fatto queste obbiezioni e » queste quistioni, sembra che le decida contra la » nostra opinione.

» Ma fa d' uopo fare una distinzione fra il pas» saggio che non lascia alcuna traccia dopo il suo » esercizio, e la strada che sempre si fa presente » all' occhio umano. Non può negarsi che questa » non sia una servitù continua; perchè si trova » nella stessa classe d' una porta, e d' una finestra.

» È

» È vero che io non passo sempre per una porta
» che ho sul fondo vicino, ma la porta depone con-
» tinuamente del diritto che ho di farlo. Similmen-
» te io non fo uso in ciascun momento del cammi-
» no che ho su questo fondo, ma questo cammino
» attesta in ciascun istante che quest' uso mi è do-
» vuto (1).

Ora tutti gli additati caratteri si trovano nella specie delle servitù, di cui si è discettato innanzi al tribunal civile di Trani. Ciò non pertanto questo tribunale ha detto che i segni esterni renderebbono la servitù apparente, ma non continua, nel che appunto ha violato l' articolo 609 delle leggi civili (2). Un segno esteriore che indicasse la sola facoltà del passaggio renderebbe solamente apparente questa servitù, che tale non è di sua natura; ma il passaggio mutato in una strada permanente rende la servitù continua, da discontinua che era. È manifesto dunque che il tribunale ha confuso i caratteri dell' apparenza con quelli della continuità.

Rad-

(1) *V. le Pandette Francesi art. 691.*
(2) *V. sopra a pag. 12.*

Raddrizzato l'errore della definizione, la conseguenza è che il tribunale in vece di applicare l'articolo 611 ha applicato l'articolo 612 delle leggi civili, o sia ha negato l'azione possessoria ad una servitù, che ancor oggi si può come prima acquistare senza titolo, e per lo solo possesso.

CONCHIUSIONE.

Rimontando dalle ultime alle prime cose da noi dette, è manifesto:

1. Che i fratelli Spagnoletti sono nel possesso d'una servitù continua ed apparente, la quale è stata malamente definita per discontinua e non apparente. In questa definizione giace il primo e più grave errore della sentenza,

2. Che se anche la servitù di strada rotabile potesse essere definita come discontinua e non apparente, il possesso de' fratelli Spagnoletti è dimostrato per un giudicato, pronunziato per la medesima causa e tra le stesse persone,

3. Che se si potesse di nuovo tornare all'interpretazione dell' articolo 612 del codice civile, si violerebbe la lettera, e lo spirito di quella legge dandole una forza retroattiva.

Co-

Cotesta interpretazione offenderebbe la giustizia naturale; violerebbe la massima scritta in fronte al codice civile; priverebbe delle servitù discontinne e delle continne non apparenti tutti coloro che le avevano legittimamente acquistate al tempo della publicazione del codice civile; promuoverebbe le vie di fatto, e le private violenze; sarebbe sorgente di disordine e di delitti. La ragione di quest'interpretazione è ricavata da una legge secondaria, qual'è quella della competenza de' giudici di circondario. Se costoro non fossero dalla legge giudicati idonei a conoscere del possesso antico, non però la cognizione del possessorio può essere tolta a' tribunali civili. Laonde da questa ragione si ricava una conseguenza maggiore del suo principio. In fine questa interpretazione è stata costantemente ripruovata dalla maggior parte de' nostri tribunali e dalla stessa Corte Suprema. Il tribunal di Trani si è allontanato dalla sentenza ricevuta per seguire l'opinione de' tribnnali francesi, fondata sulle antiche leggi e consuetudini di quel paese, che non sono state a noi comuni.

Napoli il dì 15 Aprile 1822.

Gaspare Capone.
Benedetto Cognetti.
Davide Winspeare.